Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

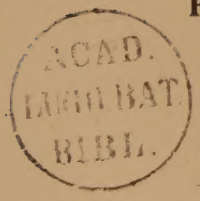
bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Robert Leitzmann,

Referendar in Erfurt.



Erfurt.

Druck von A. Stenger.

1906.

Meinem lieben Vater.

Literaturverzeichnis.

Achilles, Textausgabe des B. G. B. 4. Aufl. 1903.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen B. G. B. 1899.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B. G. B.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B. 1898.

Binding, Kollegheft zur Strafrechtsvorlesung.

J. H. Böhmer, Jus ecclesiasticum Prostestantium tom. III 1723.

Bulling, Die deutsche Frau und das B. G. B. 1896.

Bunsen, Einführung in das Recht des B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. III. 1898.

Cleß, Staat und Familie im Lichte des künftigen deutschen B. G. B. 1890.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 4. Aufl. 1903, Bd. II, 4. Aufl. 1904.

Cramer, Das Verlöbnis nach dem B. G. B. 1902.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II 1902.

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag (im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 71, S. 1 ff).

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.

Dernburg, Pandekten. Bd. II 1886, Bd. III 1887.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.

a) Bd. II: Die Schuldverhältnisse 1899—1901.

b) Bd. III: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 1898.

c) Bd. IV: Deutsches Familienrecht. 1903.

Dittenberger, Das Verlöbnisrecht im B. G. B. für das Deutsche Reich. 1901.

Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im B. G. B. für das Deutsche Reich. 1899.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Bd. I 1903.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. Bd. I, 8. Aufl. 1901/1902, Bd. II, 7. Aufl. 1900.

A. Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. 1899.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts

a) in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes,

b) in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

Exner, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. 1867.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. IV, 7. Aufl. 1897.
Fränkel, Das Familienrecht des B. G. B. 1898.
Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 5. Aufl. 1903.
Friedberg, Das Recht der Eheschließung. 1865.
Gareis, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. 1900.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. 1902.
Gierke, Der Entwurf eines B. G. B. und das Deutsche Recht. 1889.
Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem B. G. B. 1904.
Glück, Erläuterungen der Pandekten, Buch 22 und 23.
Goldmann, Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses (Deutsche Juristen-Zeitung 1901, S. 432/33).
Goltdammer, Archiv für Strafrecht.
Göppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 14, S. 400 ff).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 47.
Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. 1901.
Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte. 5. Aufl. 1900.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. IV 1900.
Hellmann, Das Verlöbnis nach dem B. G. B. (Deutsche Juristen-Zeitung 1901, S. 217 ff.).
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich (im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74, S. 55 ff.).
Hölder, Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums in der Person (in Iherings Jahrbüchern Bd. 42, S. 1 ff.).
Jacobi, Das persönliche Eherecht des B. G. B. für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1899.
Jung, Delikt und Schadensverursachung. 1897.
Juristische Wochenschrift.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. II 1892.
F. Kohler, Das Eherecht des B. G. B. einschließlich des ehelichen Güterrechts. 1898.
J. Kohler, Die Ideale im Recht (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. V, S. 161 ff., citiert nach einem Sonderabdruck 1891).
J. Kohler, Der Ehemakellohn (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12, S. 317 ff.).
Koch, Kommentar zum Preuß. Allgem. Landrecht. Bd. III, 8. Aufl. 1886.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. Bd. II 1899, Bd. III 1901.
Kuhlenbeck, Das B. G. B. erläutert. Bd. I u. II, 2. Aufl. 1903.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl. 1902.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des B. G. B. 1898.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich. 1898.
Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung. 9. Aufl. 1898.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 4. Aufl. 1900.
Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2. u. 3. Aufl. 1900.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B. 1899—1900.
Mumm, Die Rechte der Verlobten (in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1900, S. 160 ff.).
Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem B. G. B. Rostocker Inauguraldissertation. Berlin 1902.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. 2. Aufl. 1900.
Niedner, Kommentar zum Einführungsgesetz des B. G. B. 1899.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche. Bd. I, 7. Aufl. 1905.
Opet, Kommentar zum Familienrecht des B. G. B. 1902.
Petersen, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. I, 4. Aufl. 1898.
Philler, Vorlesungen über das B. G. B. 1899.
Planck, Kommentar zum B. G. B., 1. u. 2. Aufl. 1899—1902; der 4. Band (Familienrecht, bearbeitet von Unzner). 3. Aufl. 1904, der 6. Band (E. G.) 3. Aufl. 1905.
Protokolle der Kommission für die I. Lesung des B. G. B. (Prot. I) in Lithographie als Manuskript gedruckt.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des B. G. B. (Prot. II).
Rehbein, Kommentar zum B. G. B. Bd. I. 1899.
Rechtsprechung der Oberlandsgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Reincke, Kommentar zur Zivilpreßordnung. 5. Aufl. 1904.
Rosenthal, Das B. G. B. mit Erläuterungen. 5. Aufl. 1901.
Scherer, Familienrecht des B. G. B. für das Deutsche Reich. 1900.
v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. 1882.
v. Scheurl, Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf eines B. G. B. (im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 74, S. 388/389).
Schmidt u. Habicht, Kommentar zum Familienrecht des B. G. B. 1900.
Schönfeld, Zum § 823 B. G. B. Münchener Inauguraldissertation. München 1899.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
Sohm, Das Recht der Eheschließung. 1875.
Stabel, Institutionen des französischen Zivilrechts. 3. Aufl. 1893.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1. u. 2. Aufl. 1884.

v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. Bd. IV, 2. Aufl. 1905. Bearbeitet von Th. Engelmann.

Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Titze, Die Notstandsrechte im deutschen B. G. B. und ihre geschichtliche Entwicklung. Berliner Inauguraldissertation 1897.

v. Wächter, Pandekten. Bd. I 1881.

Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. III, 8. Aufl. 1895.

Zihlmann, Der Verlöbnisbruch im modernen Recht mit besonderer Berücksichtigung des Schweiz. Privatrechts. 1902.

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung. Seite

§ 1. Zweck und Begriff des Verlöbnisses . . . . . 11— 12

§ 2. Geschichtlicher Überblick über die Stellung des Rechts zum Verlöbnis . . . . . 13— 18

B. Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 3. Aufgabe und Disposition der Arbeit. . . . . 18— 22

I. Der Gegensatz von Vertragstheorie und Tatsächlichkeitstheorie im allgemeinen.

§ 4. Vorliegen eines gültigen Verlöbnisses nach beiden Theorieen. Hauptsächlichste praktische Abweichungen beider Theorieen . . . . . 22— 42

§ 5. Die Entstehungsgeschichte der §§ 1297 f. B. G. B. in ihrer Bedeutung für den Gegensatz von Vertragstheorie und Tatsächlichkeitstheorie . 42— 46

§ 6. Kritik einzelner Ausführungen wider die Vertragstheorie. . . . . 46— 54

§ 7. Kritik einzelner Ausführungen wider die Tatsächlichkeitstheorie. . . . . 54— 74

II. Die einzelnen Konstruktionsversuche.

§ 8. Vorbemerkung . . . . . 74— 75

1. Die Vertragstheorieen.

§ 9. Die Theorie des obligatorischen Vorvertrags . 75— 83

§ 10. Die Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses . . . . . 83— 88

§ 11. Die Theorie des familienrechtlichen Vertrags . 88—100

§ 12. Ergänzung zu den §§ 9 bis 11 . . . . . 100—106

2. Die Tatsächlichkeitstheorieen.

§ 13. Einleitung. Die sogenannte Theorie der Billigkeitsnormen. . . . . 106—107

§ 14. Die Theorie des Garantieversprechens . . . 107—108

§ 15. Die Theorie der culpa in contrahendo . . . 108—112

§ 16. Die Deliktstheorie. . . . . 112—134

Ergebnis. . . . . 134.

A. Einleitung.

§ 1.

Zweck und Begriff des Verlöbnisses.

I. Die Ehe ist die Verbindung von Mann und Weib zu ungeteilter, lebenslänglicher Gemeinschaft aller Interessen.[1]) Als solche ist sie von der einschneidendsten Bedeutung für die persönlichen und die vermögensrechtlichen Beziehungen der Beteiligten. Sie bildet weiter als Grundlage der Familie auch die Grundlage des Staates und der bürgerlichen Gesellschaft. Diese hohe Bedeutung, die der Ehe zukommt, fordert gebieterisch, daß die, die miteinander die Ehe eingehen wollen, nicht schroff und unvermittelt aus dem bisherigen Leben in den Ehestand treten, sondern daß der Ehe eine Zeit der Vorbereitung[2]) vorausgehe. Vorbereitung im engsten und weitesten Sinn. Die beiden Nupturienten sollen in dieser Zeit Veranlassung nehmen, sich aufs engste einander anzuschließen, damit ein jeder die Eigenart des anderen erkenne und sich so wechselseitig durch das Erstreben möglichst gleicher Bildung und gleicher Ziele schon jetzt dem andern anpasse und sich an ihn gewöhne, denn auf diese Weise allein kann eine Bürgschaft für ein späteres glückliches Familienleben und damit eine notwendige Voraussetzung für eine gedeihliche Entwicklung des Staates und der Gesellschaft geschaffen werden. — So geht bei allen Völkern, die auf dem Boden der Monogamie stehen, nach Brauch und Sitte der Ehe ein Verlöbnis voraus d. h. die übereinstimmende Willenskundgabe zweier Personen verschiedenen Geschlechts, künftig miteinander die Ehe eingehen zu

[1]) So heißt es § 1, J. 1,9: matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens. Ferner Modestin in l. 1 Dig. 23,2: nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

[2]) Nicht eine Zeit der Probe, wie vielfach behauptet worden ist. Darüber unten § 6 unter II.

wollen. Diese begründet unter den dereinstigen Ehegatten bereits jetzt eine eigenartige persönliche Beziehung, ein Verhältnis, das, wie bereits hervorgehoben, der Vorbereitung der Ehe dient.

II. Es ist das Verdienst von Ulrich Stutz,[3]) auf die auch schon aus den obigen Ausführungen hervorgehende doppelte Bedeutung des Ausdruckes „Verlöbnis" zuerst mit genügender Schärfe hingewiesen zu haben.[4]) Der Ausdruck „Verlöbnis" bezeichnet einmal den Verlobungsakt als solchen und weiter den durch diesen geschaffenen Zustand.[5]) Eine einwandfreie Bezeichnung für diese verschiedenen Begriffe dürfte nur die von Verlobungsakt und Verlobtenverhältnis sein, gebräuchlich ist dagegen diejenige, welche den Verlobungsakt als Verlobung und das Verlobtenverhältnis als Brautstand bezeichnet.[6]) Doch wird der Ausdruck Verlobung — wenn auch nur selten — gleichzeitig für das Verlobtenverhältnis gebraucht, so wenn man von der Dauer einer Verlobung spricht,[7]) anderseits bringt die Bezeichnung Brautstand einseitig nur die Beziehungen eines Beteiligten zum Ausdruck. Mit Rücksicht aber auf den allgemeinen Sprachgebrauch — auch das B. G. B. spricht im § 1584 und im E. G. Art. 208 Abs. 2 von Brautstand — soll auch in der folgenden Arbeit, sofern der Zusammenhang nicht jeden Zweifel über die Bedeutung des Wortes „Verlöbnis" ausschließt, das Wort Verlobung für die eine, das Wort Brautstand für die andere verwendet werden.

---

[3]) Stutz, die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutsch. bürgerl. Recht S. 20/21.

[4]) Vgl. auch Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 29 S. 98: „Das durch das Verlöbnis . . . begründete Rechtsverhältnis, welches auch selbst wieder Verlöbnis genannt werden kann."

[5]) Das B. G. B. braucht das Wort Verlöbnis im 1. Sinne in den §§ 1297 Satz 1, 1301 Satz 1; im 2. Sinne in den §§ 1298 Satz 1, 1301 Satz 2, 1302. So auch Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Band IV Familienrecht, bearbeitet von Th. Engelmann S. 5, wenn freilich dies hinsichtlich des § 1301 Satz 1 nicht ohne Zweifel ist.

[6]) Diese Bezeichnung verwenden: Stutz a. a. O. S. 20; Glaser, rechtl. Natur des Verlöbnisses S. 22; Opet, Familienrecht S. 6; Staudinger a. a. O. IV S. 5.

[7]) In diesem Sinne braucht das Wort Verlobung z. B. Jacobi, das persönl. Eherecht des B. G. B. für das Deutsche Reich S. 19.

§ 2.

Geschichtlicher Überblick über die Stellung des Rechts zum Verlöbnis.

Wie die Ehe so ist auch das Verlöbnis zunächst ein sittliches Verhältnis. Das Recht hat beide Institute nicht geschaffen. Treffend sagt in dieser Beziehung v. Scheurl:[1]) „Ein Erzeugnis des Rechts ist das Verlöbnis so wenig als die Ehe; es ist, wie diese, ein dem Recht nur zur Bearbeitung vom Leben selbst gegebener Stoff, der sich aber in dem Maße, als man sich der Grenzen zwischen dem, was lediglich der Regelung durch die Sitte zu überlassen, und dem, was auch durch Rechtssatzung zu regeln ist, genauer bewußt wird, als noch um etwas spröder für die Bearbeitung durch das Recht darstellt, wie die Ehe." Die Ehe bedarf kraft ihrer außerordentlichen Bedeutung für die Beteiligten und den Staat, auf die im vorhergehenden Paragraphen hingewiesen ist, naturnotwendig einer Regelung durch das Recht; im Interesse der Beteiligten und im Interesse der Selbsterhaltung ist der Staat gezwungen, dieses Verhältnis nicht lediglich den ungeschriebenen Sittengesetzen zu überlassen. Weit geringeres Interesse hat der Staat an einer rechtlichen Regelung des Verlöbnisses. Hier hat in erster Linie die Moral die noch zarten Beziehungen der Individuen zu beeinflussen, das Verlöbnis ist ein vorzugsweise sittliches Verhältnis. Doch als Vorbereitungsstadium zur Ehe und aus dem Interesse, daß der Staat diesem Institute entgegenbringen muß, erschien es von jeher angebracht, auch das Verlöbnis in den Kreis der Rechtsordnung einzubeziehen. Doch ist die Stellungnahme des Rechts zum Verlöbnis je nach den Anschauungen der Zeit und der Völker eine verschiedene gewesen, wiederum abhängig von der Stellungnahme zu dem Verhältnis, das das Verlöbnis vorbereiten soll, zur Ehe. Je idealer man den Ehebund auffaßte, je mehr man in der Ehe ein wesentlich materielles Geschäft sah, je nachdem versah man das Verlöbnis mit nur schwachen bezw. weitgehenderen Rechtswirkungen. Ein kurzer Überblick über die Stellungnahme des Rechts zum Verlöbnis in der Geschichte sei im folgenden gegeben:[2])

[1]) Das gemeine deutsche Eherecht S. 362. Vgl. auch Ulpian in l. 1 § 3 Dig. 1, 1.

[2]) Hierzu ist zu vergleichen: Glück, Erläuterungen der Pandekten, Band 22, S. 377 ff.; Dernburg, Pandekten III S. 10 f.; Stobbe, Handbuch

I. Das klassische römische Recht [3]) verwarf getreu dem Grundsatze matrimonia libera esse debent jeden Zwang zur Vollziehung der Ehe, es gab weder eine Klage auf Eingehung der Ehe noch irgendwelche Entschädigungsansprüche für den verlassenen Teil. Auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe sah man zunächst in konsequenter Weise als unsittlich und nichtig an, erst später ließ man die Bekräftigung des Verlöbnisses durch arrha zu, woraus sich für den Fall der Auflösung des Verlöbnisses vermögensrechtliche Folgen entwickelten [4]). Außerdem räumte man den Verlobten eine gewisse gesellschaftliche Sonderstellung ein, die wieder gewisse Rechtsfolgen auslöste [5]).

II. Die Stellung des alten deutschen Rechts zum Verlöbnis war eine andere, wie denn auch Land und Sitten der damaligen Deutschen grundverschieden waren von denen der römischen Imperatorenzeit. Den Germanen war die Ehe im wesentlichen ein Geschäft, die deutsch-rechtliche Verlobung ein Bestandteil der Kaufehe, woneben allerdings anfänglich auch Frauenraub — sei es nur widerwillig mit Rücksicht auf die nun einmal bestehende Lebensgemeinschaft, sei es als Vorstufe zur Kaufehe — anerkannt wurde. Das Kaufgeschäft wurde geschlossen zwischen dem Gewalthaber der Braut, dem Verlober und dem Bräutigam. Nur als Objekt des Kaufes galt das Mädchen, nicht dieses, sondern sein Gewalthaber

---

des d. Privatrechts IV S. 8 ff.; Friedberg, Kirchenrecht S. 441 ff., S. 465 f.; derf., das Recht der Eheschließung S. 17 ff.; Sohm; das Recht der Eheschließung S. 22 ff., Zihlmann, der Verlöbnisbruch im modernen Recht S. 2 ff.; Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte S. 658 f. Einen Überblick über das vor dem 1. Januar 1900 in Deutschland geltende Verlöbnisrecht geben auch die Motive Band IV S. 1 u. 2, abgedruckt bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B. Band IV S. 1.

[3]) Über das altrömische Recht, das eine actio ex sponsu auf Erfüllung bezw. das Erfüllungsinteresse kannte, Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 176 f.

[4]) Vgl. hierüber insbes. Zihlmann a. a. O. S. 3.

[5]) So wurde infam, wer neue sponsalia einging, bevor er die früheren aufgelöst hatte. Das Verlöbnis begründete eine affinitas und so ein Ehehindernis mit den Verwandten des anderen Verlobten in gerader Linie. Der Verlobte konnte wegen adulterium verklagt werden. Der Bräutigam durfte gegen den Beleidiger seiner Braut mit der Injurienklage vorgehen.

erhielt den vom Bräutigam zu zahlenden Kaufpreis — die meta.[6]) Ursprünglich ein Barkauf, ein Realkontrakt wie alle Verträge der ältesten Zeit spaltete sich später der Brautkauf in eine desponsatio — Verlobung — und eine traditio puellae — Trauung.[7]) In der weiteren Entwicklung des Rechts trat die Braut mehr und mehr als gleichberechtigt neben den Bräutigam. Der ursprüngliche Kaufpreis an die Familie der Braut wurde zu einer dieser selbst vom Bräutigam gemachten Vermögenszuwendung. Das dem Mädchen eingeräumte Widerspruchsrecht gegen eine Verlobung wider Willen entwickelte sich allmählich dahin, daß die Braut nunmehr selbst als Partei auftrat, während die Rechte des Muntwalts auf ein bloßes Genehmigungsrecht beschränkt wurden. Ein Kaufgeschäft war die Verlobung nicht mehr.

III. Der weiteren Entwicklung des Verlöbnis- und Eheschließungsrechts trat nun die Kirche entgegen, welche ja von jeher die Ehesachen als causae mere spirituales, die Verlöbnisse als causae ecclesiasticae spiritualibus annexae angesehen hatte[8]) und so ihrer Gerichtsbarkeit unterwarf. In den geistlichen Gerichten wurde römisches Recht angewendet, ecclessia vivit lege Romana. Getreu dem Satze consensus facit nuptias unterschied die Kirche — bis zum Tridentinum — 2 Arten formloser Eheerklärungen: sponsalia de futuro — Verlobung — und sponsalia de praesenti — Trauung. Erstere wurde durch Hinzutritt der copula carnalis zur letzteren, da die Ehe formlos, so auch stillschweigend durch konkludente Handlungen geschlossen werden konnte. Anders aber als in Rom erklärte die Kirche die Verlöbnisse nicht für jederzeit einseitig löslich, gab vielmehr gegen den untreuen Teil eine Klage auf Eingehung der Ehe, wenn sie auch mit Rücksicht auf das sittliche Wesen der Ehe einen unmittelbaren Zwang zur Erfüllung des Ehevertrags ausschloß und nur die Auferlegung kirchlicher

[6]) Anderweite Bezeichnungen des Kaufpreises bei Stobbe a. a. O. S. 12 Anm. 19.

[7]) Über die rechtliche Bedeutung dieser beiden Akte zu einander herrscht Streit. Sohm sieht in der Verlobung bereits den die Ehe begründenden Akt, in der Trauung deren faktische Vollziehung, nach Friedberg begründete dagegen erst die Trauung die Ehe.

[8]) Friedberg, Kirchenrecht S. 281.

Strafen als indirekte Zwangsmittel gestattete. Auch die Verabredung einer Konventionalstrafe war wohl unwirksam.[9])

IV. Das gemeine Recht nahm zwar die Sponsalienlehre des kanonischen Rechts nicht auf, doch folgte es im übrigen der Regelung, die das kanonische Recht dem Verlöbnis gegeben hatte. Es sah in dem Verlöbnisvertrag, der zu seinem Gegenstande die künftige Eheschließung hatte, ein pactum de contrahendo matrimonio,[10]) das beide Teile zur Erfüllung verpflichtete und gab gegen den, der ohne gesetzlichen Grund die Eingehung der Ehe verweigerte, eine actio matrimonialis oder ex sponsu auf Eheschließung, ja scheute sich nicht — über das kanonische Recht hinausgehend — das verurteilende Erkenntnis durch Zwangskopulation zu vollstrecken.[11]) Später wurden indirekte Zwangsmittel (Geldstrafe, Haft) gegen den verurteilten Teil in Anwendung gebracht.

V. Die neueren Partikulargesetzgebungen schwanken zwischen der Erfüllungsklage und der völligen Unverbindlichkeit des Verlöbnisses. Doch ist die Tendenz einer Abschwächung der Wirkungen des Verlöbnisses deutlich bemerkbar.[12])

a) Nach den älteren Gesetzgebungen, so vor allem nach dem preußischen Allgem. Landrecht,[13]) mußte zunächst aus dem als obligatorischen Vertrag aufgefaßten Verlöbnis auf Eheschließung geklagt werden, erst bei Erfolglosigkeit dieses Versuches konnte auf Entschädigung geklagt werden. Nach

[9]) Dagegen kam die protestantische Kirche infolge der Lehre Luthers, die den Unterschied zwischen sponsalia de praesenti und de futuro als unsicher verwarf und jedes unbedingte und öffentliche Verlöbnis als Ehe ansah, konsequent zur Zwangstrauung. Vgl. Zihlmann a. a. O. S. 15—17.

[10]) Stobbe IV S. 16.

[11]) So insbesondere bei Schwängerung der Braut und bei Unvermögen des widerspenstigen Teiles zu Schadensersatz. Vgl. Glück, Erl. der Pand., Band 23 S. 89—90; v. Scheurl a. a. O. S. 381; Dernburg a. a. O. III S. 12, insbes. Anm. 16.

[12]) So auch Motive IV S. 2, abgedruckt bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B. IV S. 2.

[13]) Über die Regelung des Verlöbnisrechts im A. L. R. vgl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. IV S. 24 ff., ferner Koch, Kommentar zum A. L. R. Bd. III S. 26. Anm. 35.

anderen Rechten konnte Erfüllungsklage und Entschädigungsklage von vornherein alternativ verbunden werden.[14])

b) Die meisten der neueren Partikularrechte schlossen dagegen eine Klage auf Eheschließung aus und gaben nur eine Klage auf Schadensersatz aus dem Verlöbnis. Die Berechnung und der Umfang des zu ersetzenden Schadens war mannigfach verschieden.[15])

c) Nach einer dritten Gruppe von Rechten endlich entsprangen aus dem Verlöbnis als solchem keinerlei Ansprüche. So enthielt der code civil, der ja in weiten Teilen Deutschlands Geltung hatte, keine Bestimmungen über Verlöbnis und Verlöbnisbruch. Hieraus ist nach richtiger Ansicht zu folgern, daß er jeden Schadensersatzanspruch wegen Verlöbnisbruchs aus dem Verlöbnisvertrag ausschließt.[16]) Das Gleiche taten das badische Recht,[17]) das ja 1809 den code civil übernommen hatte, und das bremische Recht.[18])

[14]) Vgl. Stobbe a. a. O. IV S. 21 sub b, insbes. Anm. 13. u. 14.

[15]) Vgl. Stobbe a. a. O. IV S. 21 sub c, insbes. Anm. 15.

[16]) Zunächst versuchte die franz. Praxis allerdings aus der Bestimmung des Art. 1142, nach der sich jede Verpflichtung, wenn sie nicht erfüllt wird, in Schadensersatz auflöst, einen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Verlöbnisvertrag zu konstruieren. Vgl. Zihlmann, Der Verlöbnisbruch im modernen Rechte S. 20. Doch ist dieser Artikel hier nicht heranzuziehen, da seine Geltung sich auf das Vermögensrecht beschränkt, vielmehr ist aus dem Schweigen des Gesetzbuches zu folgern, daß es die Bedeutung des Verlöbnisses aus der Rechtssphäre in die der Moral und reiner Gewissenspflichten verwiesen hat. So Zachariä-Crome, Handbuch des franz. Zivilrechts, Bd. III S. 29. Die neuere franz. Praxis dagegen wendet bei Verlöbnisbruch Art. 1382 an, welcher wegen außerkontraktlichen Verschuldens Ersatz zusichert. Vgl. Zihlmann a. a. O. S. 21/22. Auch Zachariä-Crome a. a. O. III S. 30 hält Schadensersatzansprüche gegen den, welcher das Verlöbnis gebrochen hat, wegen eines dadurch an dem anderen Teil vollendeten Delikts nicht für ausgeschlossen.

[17]) Jedoch erkannte gerade die badische Praxis einen Anspruch auf das negative Interesse, auf Ersatz des positiven Schadens bei ungerechtfertigtem Verlöbnisbruch an. Vgl. Stabel, Institutionen des franz. Zivilrechts S. 57. In einem späteren badischen Gesetz vom 21. Dez. 1869 findet sich im § 65 die ausdrückliche Bestimmung: „Aus dem Eheverlöbnis findet eine Klage nicht statt."

[18]) Ges. f. Bremen v. 31. Oktober 1875 § 2: „Eine Klage auf Eingehung der Ehe oder auf eine an deren Stelle zu leistende Entschädigung,

VI. Außerdem ist noch auf folgendes hinzuweisen: Die Klage auf Vollziehung der Ehe und eine dementsprechende Verurteilung verlor jegliche praktische Bedeutung und Berechtigung, als die Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in den §§ 774 Abs. 2 und 779 Abs. 2 (jetzt §§ 888 Abs. 2 und 894 Abs. 2) jeden auch nur mittelbaren Zwang zwecks Vollstreckung des Urteils untersagte. Ferner war nach der großen Mehrzahl derjenigen Gesetzgebungen, welche aus dem Verlöbnis im Falle der Weigerung des einen Teiles zur Eheschließung einen Anspruch auf Schadenersatz zuließen, dieser Anspruch dadurch bedingt, daß bei Eingehung des Verlöbnisses gewisse, seine Gültigkeit bedingende Formen beobachtet worden waren,[19]) Formen, welche, wenigstens in großen Kreisen der Bevölkerung, weil sie der Sitte wenig entsprachen, nur selten beobachtet zu werden pflegten,[20]) sodaß dem praktischen Resultate nach auch in den Gebieten jener Gesetzgebungen das Verlöbnis, weil formlos eingegangen, keine rechtliche Verbindlichkeit, insbesondere auch nicht eine Verbindlichkeit zum Ersatze des positiven Schadens, erzeugte.[21])

So kann man allerdings das deutsche Verlöbnisrecht vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Ruine nennen und mit Stutz[22]) sagen: Mehr oder weniger in Trümmern lag alles deutsche Verlöbnisrecht.

B. Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 3.

Aufgabe und Disposition der Arbeit.

I. Diesem Trümmerhaufen partikulären Verlöbnisrechtes gegenüber war es nicht leichte Sache, wiederum gemeines deutsches Verlöbnisrecht zu schaffen. Ja die Gesetzgeber fanden ihre Aufgabe

---

sowie eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Eheversprechens findet nicht statt."

[19]) So nach A. L. R. II, 1 § 82 Abschluß in gerichtlicher oder notarieller Form. Andere Rechte verlangten Zuziehung von Zeugen. Vgl. Stobbe a. a. O. IV S. 19, insbes. Anm. 4 bis 7.

[20]) Vgl. Friedberg, Kirchenrecht S. 467: „Formen, welche dem Rechtsbewußtsein und der Sitte des Volkes fremd, kaum beobachtet wurden."

[21]) Mugdan a. a. O. IV S. 2 oben (Motive S. 2).

[22]) a. a. O. S. 8 u. 9.

zu schwer, um sie ganz zu lösen. Wohl war man sich darüber klar, daß eine Klage auf Eingehung der Ehe nicht mehr gegeben werden durfte, auch ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse fand wenig Anhänger, sodaß die wenigen positiven gesetzlichen Bestimmungen mit nicht allzu großem Widerspruch Gesetz werden konnten. Heftig entbrannte dagegen der Streit über die prinzipielle Natur des Verlöbnisses, der seinen Niederschlag in dem jetzigen § 1297 B. G. B. finden sollte. Schließlich geriet man auf den Ausweg, diese prinzipielle Frage im Gesetz nicht zu lösen, sie vielmehr der Wissenschaft zu überlassen und glaubte sich hierzu dadurch berechtigt, daß man einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse oder auf eine Abfindung ausgeschlossen hatte.[1])

Die deutsche Wissenschaft hat sich denn auch eifrig an die Lösung dieser Aufgabe gemacht und ist dabei, wie ehedem die Praxis, in die größte Zersplitterung geraten. Zunächst scheidet sich die Schar derer, die sich daran gemacht haben, die vom Gesetzgeber gelassene Lücke auszufüllen, in 2 große Gruppen. Die einen[2])

[1]) Vgl. Mugdan a. a. O. IV S. 3 (Motive S. 3) u. S. 1187 (Kommissionsbericht S. 1/2). Ferner unten § 5.

[2]) So Stutz a. a. O.; Dittenberger, Das Verlöbnisrecht des B. G. B.; Cramer, Das Verlöbnis nach dem B. G. B.; Zihlmann, a. a. O.; Glaser a. a. O.; ferner die Kommentare zum Familienrecht des B. G. B. von Planck IV (bearbeitet von Unzner), Schmidt und Habicht, Opet, Neumann, Kuhlenbeck, Staudinger IV (bearbeitet von Th. Engelmann); folgende Lehrbücher zum B. G. B.: Endemann II S. 598 ff., Enneccerus u. Lehmann II S. 396 ff.; Cosack II S. 466 f., Dernburg IV S. 19 f., Heilfron IV S. 7 f.; ferner Scherer, Familienrecht des B. G. B. für das deutsche Reich S. 3; Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts I S. 6; Fränkel, Familienrecht des B. G. B. S. 2; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. III S. 12 f.; Friedberg, Kirchenrecht S. 468; Achilles, Textausgabe des B. G. B. Vorbem. zu § 1297; Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse S. 523; Ehrlich, Das zwingende und das nichtzwingende Recht im B. G. B. für das deutsche Reich S. 177; Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen B. G. B. S. 647; Goldmann, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 432; Mumm in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1900 S. 160 ff., Die Rechte der Verlobten, der freilich zunächst nur von „vertragsähnlichen Wirkungen" spricht, weshalb er von Opet a. a. O. S. 6 zu den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie gezählt wird.

halten an der hergebrachten Anschauung fest, daß die Verlobung ein Rechtsgeschäft, genauer ein Vertrag, der Brautstand demnach ein Rechtsverhältnis sei, d. h. die Rechtsfolgen des Verlöbnisses beruhen nach dieser Ansicht auf dem durch die Rechtsordnung bestätigten Parteiwillen.[3]) Herrscht bei ihnen insoweit Übereinstimmung, so gehen doch wiederum die Ansichten darüber, welcher Charakter diesem Vertrage zuzuschreiben sei, weit auseinander.[4]) Neben den überlieferten Theorieen des obligatorischen Vorvertrages und des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses finden sich die Theorieen, die in der Verlobung einen rein familienrechtlichen Vertrag sehen, wobei wieder Streit herrscht, ob von einem familienrechtlichen Vorvertrag oder von einem familienrechtlichen Hauptvertrag zu sprechen ist.

Die andere Gruppe[5]) vertritt die Ansicht, daß das B. G. B. mit der Rechtsgeschäftsnatur des Verlöbnisses endgültig gebrochen habe, sie sieht in dem Verlöbnis einen rein tatsächlichen Vorgang. Die Anhänger dieser Theorie verneinen, daß die Rechtswirkungen,

---

[3]) So die ganz allgemeine Auffassung des Rechtsgeschäftsbegriffes. Vgl. Endemann a. a. O. I S. 270, insbes. Anm. 1 und die dort angegebene Literatur.

[4]) Darüber unten §§ 9 bis 12.

[5]) Zu dieser zählen: Hellmann, Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 217 f.; Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem B. G. B.; Jacobi, Das persönliche Eherecht des B. G. B. für das Deutsche Reich S. 15 f., insbes. S. 18, 19 f.; Bunsen, Einführung in das B. G. B. für das Deutsche Reich III S. 8 f.; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, S. 225 f.; A. Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts S. 635; Rosenthal, Das B. G. B. mit Erläuterungen S. 356; F. Kohler, Das Eherecht des B. G. B. einschließlich des ehel. Güterrechts S. 1 f.; Philler, Vorlesungen über das B. G. B. S. 278; Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerl. Recht I S. 180 f.; Gareis, Kommentar zum Allgem. Teil des B. G. B. S. 107; Bulling, Die deutsche Frau und das B. G. B. S. 68 f. Auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht ist wohl hierher zu zählen, wie aus seinen Ausführungen a. a. O. S. 124 in Verbindung mit denen auf S. 3 und S. 13 Anm. 22 folgt. S. 124 sagt Hellwig: „Die Vorschrift des § 1297 ist ganz materiellrechtlich. Denn er sagt nur in weniger schroffer Art als der § 1227 des ersten Entwurfs, daß das Verlöbnis, wenngleich es rechtlich nicht ganz bedeutungslos ist, eine Rechtsverbindlichkeit nicht

die sich an das Verlöbnis knüpfen, als gewollte Folgen der Parteiwillenserklärungen anzusehen seien, sie lassen vielmehr diese Rechtswirkungen als unabänderlich mit den Tatsachen verknüpft eintreten. Zweifelhaft könnte noch sein, ob auch der Brautstand hiernach als ein tatsächliches Verhältnis aufzufassen ist. So spricht z. B. Jacobi[6]) von dem Brautstand als familienrechtliches Verhältnis. Doch ist dem vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie nicht beizustimmen. Ist der Brautstand ein Rechtsverhältnis, so ist dieses doch nur als entstanden aufzufassen als zum mindesten mitgewolltes Ergebnis der bei der Verlobung abgegebenen Parteiwillenserklärungen. Dann aber ist schwer einzusehen, warum man die fraglichen Willenserklärungen nicht auch schon als rechtsgeschäftliche bezeichnen und sonach auch der Verlobung den Charakter eines Rechtsgeschäftes, eines Vertrages beilegen soll. Es ist vielmehr mit der allgemeinen Meinung, insbesondere mit Stutz[7]) zu sagen: „Wenn gelehrt wird, das Verlöbnis sei etwas Tatsächliches, so kann und muß das natürlich sowohl von der Verlobung gelten als auch von der Brautschaft." — Auch innerhalb dieser Gruppe herrschen dann wieder Meinungsverschiedenheiten, wie die Verlöbnisbruchfolgen (§§ 1298 f. B. G. B.) zu erklären sind, soweit nicht von vornherein auf eine Erklärung dieser Sätze verzichtet wird und sie einfach als positive Billigkeitsnormen hingestellt werden.[8])

II. Im folgenden soll nun zu den einzelnen Konstruktionsversuchen, die das Verlöbnisrecht des B. G. B. gefunden hat, Stellung genommen werden. Das Ziel einer solchen Untersuchung kann naturgemäß nur dahin gehen, eine Theorie zu finden, die dem Wesen und der sittlichen Bedeutung des Verlöbnisses in jeder

erzeugt." S. 3 sagt aber Hellwig: „Verbindlichkeit (oder Schuld) ist ein Rechtsverhältnis in seiner Beziehung auf den Verpflichteten." Also wo keine Verbindlichkeit, da auch kein Rechtsverhältnis. Und S. 13 Anm. 22 führt er aus, daß aus Spiel und Wette keine Verbindlichkeit, sondern höchstens eine Anstandspflicht entstände.

[6]) a. a. O. S. 19 Anm. 16a. Der von Bunsen a. a. O. III S. 10 gebrauchte Ausdruck „ein rechtlich zu beachtendes Treuverhältnis" soll den Brautstand nicht als Rechtsverhältnis bezeichnen.

[7]) a. a. O. S. 21.

[8]) Darüber im einzelnen unten §§ 13—16.

Beziehung gerecht wird und dabei imstande ist, eine rechtliche Grundlage für die positive Regelung, die das Verlöbnisinstitut im Gesetze gefunden hat, zu geben.

Die folgende Untersuchung soll in 2 Abschnitte zerfallen. Der erste Teil soll nur von dem Gegensatz zwischen Vertragstheorie und Tatsächlichkeitstheorie im allgemeinen handeln, ohne auf die Untertheorieen der beiden großen Gruppen einzugehen. Hier wird auch zu alledem Stellung genommen werden müssen, was bereits in der Literatur für und wider die beiden genannten Gruppen als solche geltend gemacht worden ist. Der zweite Abschnitt wird sich dann erst mit den verschiedenen Konstruktionsversuchen im einzelnen zu befassen haben.

I. Der Gegensatz von Vertragstheorie und Tatsächlichkeitstheorie im allgemeinen.

§ 4.

Vorliegen eines gültigen Verlöbnisses nach beiden Theorieen. Hauptsächlichste praktische Abweichungen beider Theorieen.

Gleichsam als Unterlage für die ganze folgende Untersuchung wird zunächst festzustellen sein, wann vom Standpunkt der Vertragstheorie, wann vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie ein gültiges Verlöbnis vorliegt, und weiter, zu welchen Abweichungen und verschiedenen Ergebnissen der Streit der Theorieen führt. Das ist umso notwendiger, als auch über alle diese Punkte in der Literatur größte Meinungsverschiedenheit herrscht. Hierdurch erst wird die praktische Bedeutung der ganzen Frage in das rechte Licht gestellt; auch kann es für die schließliche Annahme einer Theorie nicht ohne Bedeutung sein, zu wissen, zu welchen praktischen Ergebnissen sie führt.[1])

[1]) Eine vollständige Wiedergabe alles dessen, was bezüglich des Verlöbnisses rechtlich zu gelten hat, soll hier keineswegs gegeben werden. Alle unstreitigen Punkte, in denen beide Theorieen zu wesentlich gleichen Ergebnissen führen, bedürfen keiner Hervorhebung. In dieser Beziehung kann vor allem auf das Werk Dittenbergers verwiesen werden, der ja das Verlöbnisrecht in ausführlicher Weise gleichzeitig für beide Theorieen behandelt. Dittenberger a. a. O. S. 61 oben.

I. Ist das Verlöbnis ein Vertrag, so haben für das rechtsgültige Zustandekommen desselben auch alle die Normen zu gelten, die für Verträge im allgemeinen in dieser Beziehung gegeben sind.[2]) Hierdurch ist zwar dem Richter eine feste Grundlage gegeben, an deren Hand er das Vorliegen eines rechtsbeständigen Verlöbnisses feststellen kann; anderseits aber kann nicht bezweifelt werden, daß die konsequente Anwendung aller dieser Vorschriften auf das Verlöbnis zu nicht unerheblichen Härten und mißlichen Konsequenzen führen muß. So will denn auch eine Anzahl Anhänger der Vertragsnatur des Verlöbnisses[3]) eine große Reihe der Rechtssätze des Allgemeinen Teiles des B. G. B. auf das Verlöbnis nicht angewendet wissen und begründet diese Ansicht damit, daß dem Gesetzgeber bei Regelung des Allgemeinen Teiles zunächst vermögensrechtliche Verhältnisse vorgeschwebt hätten, diese Vorschriften mithin auf das Verlöbnis als einen familienrechtlichen Vertrag nicht durchweg Anwendung zu finden brauchten, wie denn auch das B. G. B. die allgemeinen Vertragsgrundsätze auf die Ehe nicht angewendet wissen wollte. Doch findet diese Auffassung im Gesetz keine Stütze, vielmehr beweist die ganze Regelung des B. G. B., was im einzelnen noch gezeigt werden wird, daß die Vorschriften des Allgemeinen Teiles, wie dies ja auch schon diese Bezeichnung des I. Buches selbst ergibt, prinzipiell für alle Verträge Geltung erheischen, soweit nicht ausdrücklich anderweite Vorschriften gegeben sind, beziehungsweise soweit nicht eine Anwendung der betreffenden Vorschrift im Einzelfall geradezu als sinnlos zu bezeichnen wäre.[4])

Klar ist, daß der Verlöbniserklärung Geschäftsunfähiger (§§ 104, 105 B. G. B.) rechtliche Wirksamkeit nicht zukommt, dagegen ist ein Minderjähriger, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nach der Vertragstheorie zur Eingehung des Verlöbnisses fähig. Falsch

---

[2]) So auch die allgemeine Meinung: Stutz a. a. O. S. 61 ff.; Dittenberger a. a. O. S. 72 ff.; Cramer a. a. O. S. 24 ff.; Glaser a. a. O. S. 26/27; Planck a. a. O. IV S. 8; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. II S. 397; Neumann a. a. O. II S. 702; Opet a. a. O. S. 8; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 9; Cosack a. a. O. II S. 466; Staudinger a. a. O. IV S. 6 f.

[3]) So Friedberg a. a. O. S. 468; Dernburg a. a. O. IV S. 22; Goldmann a. a. O. S. 432/33.

[4]) Vgl. auch Staudinger a. a. O. IV S. 2, Zif. 5.

wäre es, für das Verlöbnis dieselben materiellrechtlichen Voraussetzungen zu fordern, die zur Eingehung einer Ehe erforderlich sind,[5]) so insbesondere Ehemündigkeit,[6]) sodaß etwa ein minderjähriger Mann, soweit er nicht für volljährig erklärt ist, überhaupt unfähig wäre, ein Verlöbnis einzugehen, eine Frau gleichfalls bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres. Diese spezifisch für die Ehe getroffenen, gegenüber den allgemeinen Bestimmungen schärferen Sätze dulden keine ausdehnende Auslegung, die überdies auch für das Verlöbnis geradezu sinnlos sein würden.[7]) Dagegen kann die Vertragstheorie die Anwendung des § 107 B. G. B. nicht ablehnen,[8]) nach ihr bedarf ein Minderjähriger, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, zur Eingehung eines Verlöbnisses der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.[9]) Wenn auch Goldmann recht damit hat, daß die Eingehung einer Ehe, zu der ja das Verlöbnis in erster Linie verpflichtet, insofern jenseits von Vorteil und Nachteil steht, als das B. G. B. in der Ehe nicht mehr ein Vermögensgeschäft sieht, wie schon aus § 1334 Abs. 2 B. G. B. deutlich hervorgeht, so kann doch das Verlöbnis, das diese Verpflichtung zur Eingehung der Ehe hervorruft, bei Verletzung dieser Pflicht vermögensrechtliche Folgen gemäß §§ 1298 f. B. G. B. nach sich ziehen, wobei es ganz gleichgültig ist, ob man in dem Verlöbnis

[5]) So Endemann a. a. O. II S. 601.

[6]) Diese halten außer Endemann noch für erforderlich: Kuhlenbeck, von den Pandekten zum B. G. B. III S. 15; Scherer a. a. O. S. 4; Fränkel a. a. O. S. 2. Dagegen mit Recht: Enneccerus u. Lehmann a. a. O. II, S. 397: Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 9 u. 10; Opet a. a. O. S. 8 u. 9; Staudinger a. a. O. IV S. 7; Stutz a. a. O. S. 62 u. 64, Anm. 3; Dittenberger a. a. O. S. 87; Cramer a. a. O. S. 26/27; Goldmann a. a. O. S. 433.

[7]) Zutreffend bemerkt in dieser Beziehung Glaser a. a. O. S. 27, Anm. 22: „Wenn man am Tage der eingetretenen Ehemündigkeit heiraten, also als „Verlobte" die Heiratsfragen beantworten darf, muß man notwendig schon vorher das Recht haben, ein auf diese Heirat abzielendes Verlöbnis abzuschließen (Aufgebot!)."

[8]) Dies versuchen Goldmann a. a. O.; Dernburg a. a. O. IV S. 24/25; wohl auch Friedberg a. a. O. S. 468.

[9]) So denn auch die ganz allgemeine Meinung. Vgl. oben Anm. 2.

einen familienrechtlichen oder einen obligatorischen Vertrag sieht.[10]) Durch Eingehung eines Verlöbnisses erlangt der Minderjährige keineswegs lediglich einen rechtlichen Vorteil. Das war auch der Standpunkt der Protokolle.[11]) Ein Antrag auf Festlegung des Erfordernisses der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wurde mit der Begründung abgelehnt, daß sich diese Entscheidung aus dem § 81 des Entwurfs II (§ 107 jetziger Zählung) von selbst verstehe, wenn man annehme, daß das Verlöbnis als eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzusehen sei. Auch auf § 1304 B. G. B. kann sich Goldmann nicht stützen. Durch diese Sonderbestimmung hat das Gesetz nicht anerkennen wollen, daß der § 107 B. G. B. nicht auf alle Rechtsgeschäfte anzuwenden ist, es heißt vielmehr in den Motiven[12]) zu § 1304 (§ 1232 des I. Entwurfs): „Der Abs. 1 ist im Hinblick auf den rechtsgeschäftlichen Charakter der Eheschließung nur eine Konsequenz allgemeiner Grundsätze. (vgl. § 65 Abs. 3, §§ 70, 71 des I. Entwurfs, § 107, §§ 114, 115 jetziger Zählung.)" Die Einfügung des § 1304 Abs. 1 ist lediglich im Zusammenhange einer vollständigen Aufzählung aller Erfordernisse für das Zustandekommen einer vollgültigen Ehe geschehen. Die Ansicht, bei familienrechtlichen Akten habe die gesetzliche Unterscheidung von Willenserklärungen, die lediglich den Vorteil eines Teiles bezwecken, keinen Raum, ist nach dem Gesagten mithin gesetzlich nicht begründet, wie denn auch das Gesetz überall da im Familienrecht, wo ein beschränkt Geschäftsfähiger eine Willenserklärung ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abgeben kann, dies ausdrücklich bestimmt hat.[13]) Daß dies Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters große Härten mit sich

[10]) Dies wird auch des näheren ausgeführt in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 12. Dezember 1903, abgedruckt in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 8, S. 328. Vergl. auch das. Bd. 4, S. 354; ferner Urteil des Reichsgerichts vom 21. September 1905 abgedruckt in der Deutschen Juristen-Zeitung 1905, S. 1062.

[11]) Mugdan a. a. O. IV S. 681 (Protokolle II bei Form des Verlöbnisses usw.).

[12]) Mugdan a. a. O. IV S. 6 (Motive IV S. 10).

[13]) So in den §§ 1307 S. 2, 1336 Abs. 1 S. 2, 1337 Abs. 3, 1358 Abs. 3, 1516 Abs. 2, 1595 Abs. 1, 1599, 1748 Abs. 2, 1755. Vgl. auch Gareis a. a. O. S. 119 Zif. 4 zu § 107 B. G. B.

bringen kann, hat Hellmann a. a. O. nachgewiesen. Das Bestreben verschiedener Anhänger der Vertragstheorie, dies Erfordernis als nicht gegeben anzusehen, ist demnach recht wohl verständlich, entbehrt aber der gesetzlichen Unterlage.[14])

Des weiteren haben für das Verlöbnis als Rechtsgeschäft Geltung die in den §§ 116 f. B. G. B. aufgestellten Vorschriften über den Einfluß der Willensmängel auf die Gültigkeit der Erklärung, es gelten nicht etwa die in dieser Beziehung für die Ehe auf Grund ihres besonderen Charakters gegebenen Vorschriften der §§ 1323 ff. B. G. B.[15]) Hieraus folgt z. B., daß ein simuliertes Verlöbnis i. G. zur simulierten Ehe nichtig ist, ebenso eine im Scherz abgegebene Verlöbniserklärung, dagegen muß die Vertragstheorie die Gültigkeit eines Verlöbnisses trotz des geheimen, dem andern Teil nicht bekannten Vorbehaltes des einen Teiles das Erklärte nicht zu wollen — Mentalreservation — zugeben.[16]) Auch dies ist eine wenig erfreuliche Konsequenz der Vertragstheorie.[17])

II. Sehen wir nun zu, wann vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie von einem gültigen Verlöbnis zu reden ist. Auch hier gehen die Anschauungen weit auseinander. Eine Reihe Schriftsteller versteht unter Verlöbnis im Sinne der Tatsächlich-

[14]) Außerdem würde die Vertragstheorie auch bei dieser Goldmannschen Auffassung nicht zu guten Konsequenzen führen, da dann jedes ernstliche Verlöbnis eines Minderjährigen über 7 Jahren unbedingt gültig sein würde. Vgl. hierzu Zihlmann a. a. O. S. 37 Anm. 31.

[15]) So konsequent (oben Anm. 5) Endemann a. a. O. II S. 602, insbes. Anm. 22.

[16]) So denn auch die allgemeine Meinung: Dittenberger a. a. O. S. 73/74; Stutz a. a. O. S. 63; Cramer a. a. O. S. 32; Opet a. a. O. S. 9; Staudinger a. a. O. IV S. 13; A. M. Friedberg a. a. O. S. 468.

[17]) Man setze den Fall, der Teil, dem die Mentalreservation nicht bekannt ist, veranlaßt durch sein Verschulden den Rücktritt des andern. Dieser kann dann nach § 1299 B. G. B. Ersatz verlangen, der andere Teil kann sich nicht darauf berufen, daß ihm wegen des geheimen Vorbehaltes des andern ein wichtiger Rücktrittsgrund zur Seite gestanden hätte. Vgl. Dittenbergers insofern zutreffende Bemerkungen S. 95 u. S. 162. Das Reichsgericht hat denn auch für das Strafrecht das Vorliegen eines gültigen Verlöbnisses bei Mentalreservation verneint. Entscheidung des III. Strafsenats vom 30. Dezember 1901. Reichsgerichts-Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 35 S. 49 f. Ebenso Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch I S. 224.

keitstheorie jedes tatsächliche Eheversprechen, ohne Rücksicht darauf, ob es nach den allgemeinen Grundsätzen gültig ist.[18]) Hiernach wären Kinderverlobungen, Verlobungen Trunkener, Scheinverlöbnisse, solche im Scherz, unsittliche und ungesetzliche (gerichtet auf Doppelehe, blutschänderische Ehe) vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie gültige Verlöbnisse. Freilich – so heißt es weiter[19]) — würde man praktisch im wesentlichen auch zu gleichen Ergebnissen wie die Vertragstheorie kommen, da man in allen den Fällen, in welchen ein Verlöbnis nach den allgemeinen Grundsätzen unwirksam sein würde, in denjenigen Tatsachen, aus welchen sich die Unwirksamkeit ergeben würde, einen zum Rücktritt berechtigenden Grund finden müßte.

Auf der andern Seite gibt es eine Reihe Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie, welche auch von ihrem Standpunkt aus die Frage nach der Gültigkeit eines Verlöbnisses entschieden wissen wollen, nach den allgemeinen Vorschriften über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte.[20]) A. Engelmann begründet diese Ansicht damit, daß eine sittliche Pflicht zur Eingehung der Ehe dann nicht begründet werden könne, wenn der Eheabschluß nicht erfolgen kann oder dem Willen des gesetzlichen Vertreters nicht entspricht; Matthiaß und Jacobi damit, daß das Verlöbnis als Willensakt nach den Vorschriften für geschäftliche Willenserklärungen zu beurteilen sei, außerdem ein Verlöbnis dann nicht als bestehend angenommen werden könnte, wenn unter den Parteien eine gültige Ehe ausgeschlossen sein würde.

[18]) So insbes. 2 Anhänger der Vertragsnatur des Verlöbnisses, nämlich Planck a. a. O. IV S. 8/9 u. Dittenberger a. a. O. S. 31 f., 34, 95, 147, die sich nicht zum wenigsten gerade aus dieser — wie sich bald zeigen wird — falschen Auffassung des Verlöbnisbegriffes im Sinne der Tatsächlichkeitstheorie heraus gegen diese entscheiden. Vgl. darüber noch unten § 7 unter V und VI.

[19]) Planck a. a. O. IV S. 9, Über die Unrichtigkeit dieser Behauptung und der daraus gegen die Tatsächlichkeitstheorie gezogenen Folgerung unten § 7 unter VI.

[20]) So Jacobi a a. O. S. 19 Anm. 16a am Ende; A. Engelmann a. a. O. S. 636; Matthiaß a. a. O. II S. 226; A. M. Bunsen a. a. O. III S. 9: Die Frage, ob ein gültiges Verlöbnis vorliegt, ist aus dem Wesen dieses Rechtsinstitutes selbst zu beantworten.

Zur Ansicht Dittenbergers und Plancks (Unzners) ist zu bemerken: Die Tatsächlichkeitstheorie versteht unter Verlöbnis lediglich das, was das tägliche Leben nach der Bedeutung und dem Zweck des Verlöbnisses, wie sie diesem nach der allgemeinen Lebensauffassung eigen sind, darunter versteht oder, wie Hellmann[21]) treffend sagt, unsere Sitten und konventionellen Anschauungen haben darüber zu entscheiden, ob ein zwischen den Streitteilen bestehendes Verhältnis als Verlobtenverhältnis anzusehen ist.[22]) Hieraus folgt einmal, daß nur eine ernstgemeinte und ehrliche Erklärung zweier Personen über ihre künftige Eheschließung ein Verlöbnis genannt werden kann.[23]) Kinderverlöbnisse, Scherz- und Scheinverlöbnisse, Verlöbnisse Betrunkener sind auch im Sinne der Tatsächlichkeitstheorie keine Verlöbnisse. Dies gilt hier auch im Falle der vom andern Teil nicht gekannten Mentalreservation, denn dem einen Teil fehlt die ernste und ehrliche Absicht künftiger Eheschließung.[24]) Ebensowenig aber abstrahiert die Tatsächlichkeitstheorie wie Dittenberger S. 34 ausführt, völlig von der Tatsache der Eheschließung. Nur ein Verhältnis, welches subjektiv und objektiv auf die Eheschließung vorbereitet, nennen wir ein Verlöbnis. Diejenigen, die eine absolut verbotene Ehe (blutschänderische Ehe, Doppelehe) miteinander eingehen wollen, wollen in Wahrheit nicht eine Ehe, sondern ein ungesetzliches, blutschänderisches oder anderweitiges Konkubinats-

[21]) a. a. O. S. 221.

[22]) Vgl. auch Motive IV S. 4, Mugdan a. a. O. IV S. 2: Es kann darauf vertraut werden, daß der Richter unter Würdigung der Umstände des einzelnen Falles, insbes. unter Berücksichtigung der Sitte, des Anstandes und der rechtlichen Voraussetzungen einer Eheschließung die richtige Entscheidung . . finden wird.

[23]) Dies erkennt Dittenberger an einer Stelle (S. 34) auch an, vergißt es aber praktisch anzuwenden S. 147 unter III.

[24]) So auch Entschdg. des R. G. in Strafsachen Bd. 35 S. 49 f. Für den andern Teil erwächst bei dieser Anschauung keine Gefahr. Wenn er auch nicht gegebenenfalls auf Grund der §§ 1298 f. B. G. B. Schadensersatz verlangen kann, da ja ein gültiges Verlöbnis überhaupt nicht vorlag, (Dittenberger S. 76 gegenüber Nathan a. a. O. S. 82 Anm 9), so wird er doch jedenfalls auf Grund des § 823 B. G. B. — Betrug — Schadensersatz erlangen können.

verhältnis.[25]) Treffend heißt es in dieser Beziehung in einem reichsgerichtlichen Urteil des I. Strafsenates vom 1. April 1886:[26]) „Wenn auch für den Begriff der Verlobung der beiderseitige ernste erklärte Wille der Eheschließung ausreichend ist, so kommt es doch auf das objektive Dasein eines Verlöbnisses, nicht das subjektive Dafürhalten der betreffenden Personen an." Ebensowenig aber ist die Tatsächlichkeitstheorie genötigt, ein unsittliches Verlöbnis als gültig anzusehen.[27]) Mögen auch die Beteiligten die ernstliche Absicht künftiger Eheschließung haben, so verbieten es doch unsere Sitten und unser Anstand, ein auf unsittlicher Grundlage aufgebautes Verhältnis ein Verlöbnis zu nennen und ihm damit die Bedeutung eines sittlichen Treuverhältnisses zuzusprechen.[28])

Aber auch noch auf einem andern Wege kann m. E. die Tatsächlichkeitstheorie die Anwendung gewisser Bestimmungen über Rechtsgeschäfte erreichen. Die juristischen Tatsachen d. h. die nach dem objektiven Recht erheblichen Tatsachen zerfallen in 2 Gruppen:[29]) einmal in rein äußerliche Geschehnisse ohne irgend eine Tätigkeit eines Rechtssubjektes, so z. B. Fristablauf, Überfall einer Frucht § 911 B. G. B. ꝛc. und zweitens in sogenannte Rechtshandlungen,[30])

[25]) Im Ergebnis zustimmend Glaser a. a. O. S. 58 Anm. 20, der aber zu Unrecht ablehnt, daß unsere Sitten und konventionellen Anschauungen zu diesem Ergebnis führen können.

[26]) Entschdg. des R. G. in Strafsachen Bd. 14 S. 8.

[27]) A. M. Glaser a. a. O. S. 58 Anm. 19.

[28]) Freilich, wann von einem unsittlichen Verlöbnis zu sprechen ist, darüber herrscht im einzelnen, auch vom Standpunkt der Vertragstheorie, Streit. So: Ist jedes Verlöbnis eines Verheirateten unsittlich? Wie steht es mit dem Verlöbnis eines wegen Ehebruchs geschiedenen mit seinem Mitschuldigen? ꝛc. Über diese Fragen ist zu vergleichen: Dittenberger a. a. O. S. 98 f.; Stutz a. a. O. S. 63; Cramer a. a. O. S. 30; Planck a. a. O. IV S. 13 14; Opet a. a. O. S. 9; Schmidt und Habicht a. a. O. S. 10.

[29]) Vgl. hierzu Endemann a. a. O. I S. 258 f. und die das. Anm. 2 angegebene Literatur, auch Nathan a. a. O. S. 18/19.

[30]) Vgl. Gareis a. a. O. S. 106 f. Manche fassen den Begriff Rechtshandlungen enger und verstehen darunter nur alle die Rechtshandlungen im obigen Sinne, die nicht Rechtsgeschäfte oder Delikte sind. So z. B. Eltzbacher a. a. O. I S. 158, insbes. auch Anm. 1. Der Ausdruck „Rechtshandlung" wird gesetzlich gebraucht im § 30 Ziff. 1 und 2 der Reichskonkursordnung.

die eine Tätigkeit eines Rechtssubjektes voraussetzen. Aus der letzten Gruppe heben sich hervor die Rechtsgeschäfte, bei denen die Rechtswirkungen als gewollte Folgen der Parteiwillenserklärungen eintreten, während bei den übrigen Rechtshandlungen die Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf das Wollen der Handelnden, ja oft gegen den Willen derselben (Delikte) eintreten. Das Verlöbnis fällt, wie ohne weiteres klar ist, vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie unter die sogenannten Rechtshandlungen, wenn auch nicht unter die Rechtsgeschäfte. Ich knüpfe nun an die Anschauung Matthiaß an, daß das Verlöbnis als Willensakt nach den Vorschriften für geschäftliche Willenserklärungen zu beurteilen sei. Matthiaß hat eine nähere Begründung dieses Satzes unterlassen, derselbe hat energische Zurückweisung gefunden. So betont Dittenberger:[31]) „Die Vorschriften über Willenserklärungen beziehen sich nur auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen und eine solche liegt beim Verlöbnis — vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie — nicht vor. Ein nur tatsächliches Verhältnis hat keine rechtlichen Beziehungen und kann deshalb auch nicht rechtlicher Erfordernisse ermangeln." Ebenso sagt Glaser:[32]) „Nur für den Willen, der Rechtswirkungen erstrebt, der aus sich heraus Recht schaffen möchte, mit einem Wort den rechtsgeschäftlichen Willen trifft das Gesetz Bestimmungen." Doch ist diese weit verbreitete Ansicht in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Was zunächst das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit betrifft, so ist zweifellos dieser Begriff zunächst und in erster Linie für die Rechtsgeschäfte geschaffen, doch beschränkt das Gesetz seine Anwendung nicht auf diese. Freilich gibt es eine Reihe Rechtshandlungen, bei denen von einer analogen Anwendung rechtsgeschäftlicher Vorschriften nicht die Rede sein kann, so bei allen denen, wo das Gesetz die Rechtsfolge an den nackten Tatbestand knüpft, so z. B. bei Verarbeitung und Vermischung. Bei zahlreichen Rechtshandlungen dagegen, die nicht unter den Begriff der Rechtsgeschäfte fallen, erfordert das B. G. B. ausdrücklich Geschäftsfähigkeit bezw. läßt einen solchen Rechtsakt durch einen Minderjährigen nicht ohne den Willen des gesetzlichen Vertreters rechtsgültig vor

[31]) a. a. O. S. 24 Anm. 3, S. 32 Anm. 1.
[32]) a. a. O. S. 29.

sich gehen. So z. B. bei der Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes § 8 B. G. B., bei der Ausübung der elterlichen Gewalt § 1676 B. G. B., der Bekleidung der Stellung eines Vormundes §§ 1780, 1781 Ziff. 1 B. G. B., eines Mitgliedes des Familienrates § 1865 B. G. B., eines Testamentsvollstreckers § 2201 B. G. B.[33]) Der innere Grund hierfür liegt darin, daß auch bei solchen Rechtshandlungen ein bewußtes Wollen als Ausgangspunkt der die Rechtsfolge auslösenden Tätigkeit des Rechtsubjekts in die Erscheinung tritt. Wir sehen, die Behauptung, der Begriff Geschäftsfähigkeit habe nur Bedeutung für Rechtsgeschäfte ist nach der Regelung des B. G. B. nicht zutreffend, vielmehr verfolgen die obigen Bestimmungen ganz augenfällig die Tendenz, auch die Wirksamkeit von Rechtshandlungen abhängig zu machen von dem ihrer Bedeutung angemessenen Maße der Willensfähigkeit,[34]) sodaß die Befugnis gewährt erscheint, unabhängig von einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift für gewisse Rechtshandlungen die Geschäftsfähigkeit oder wenigstens einen gewissen Grad der Willensfähigkeit[35]) als Erfordernis einzustellen. Geht man aber soweit, so steht m. E. auch einer analogen Anwendung weiterer Vorschriften über die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen auch auf Rechtshandlungen nichts im Wege.[36]) Wenn sich Glaser[37]),

[33]) Eine Aufzählung der hier in Frage kommenden Fälle findet sich bei Endemann a. a. O. I S. 123 Anm. 4.

[34]) So konstruiert Endemann a. a. O. I S. 122 f. einen weiteren Begriff der Willensfähigkeit im allgemeinen als die Geschäftsfähigkeit, den er „Verkehrsfähigkeit" nennt. Gareis a. a. O. S. 112 113 spricht im gleichen Sinne von „Handlungsfähigkeit". Wo das Gesetz für Nichtrechtsgeschäfte ausdrücklich Geschäftsfähigkeit fordert, spricht Gareis von qualifizierten Rechtshandlungen, für die weiteren Fälle, bei denen auch ein bewußtes Wollen in dem oben angeführten Sinne vorliegt, erfordert er sog. Erkenntnis- oder Denkfähigkeit.

[35]) Etwa die eben erwähnte von Gareis sogenannte Erkenntnis- oder Denkfähigkeit. Sie fordert Gareis beim originären Erwerb von Eigenbesitz, bei Aneignung § 958, bei Ersitzung § 937, bei Fund § 965.

[36]) So auch Endemann a. a. O. I S. 279; ferner Entscheidungen des R. G. in Strafsachen Bd. 24 S. 155 f.: vgl. Motive I S. 127; bei Mugdan a. a. O. I S. 421.

[37]) a. a. O. S. 29.

um die hier vertretene Ansicht zu widerlegen, auf den Beischlaf und die unerlaubte Handlung bezieht und behauptet, beides seien doch auch Willensakte und doch sei z. B. bei ihnen die vormundschaftliche Genehmigung ohne jede Bedeutung, so ist demgegenüber zu erwidern: Beim Beischlaf hat das Gesetz die daraus etwa bei Geburt eines Kindes entstehenden Rechtsfolgen lediglich an den nackten Tatbestand, die Beischlafsvollziehung in Verbindung mit der Geburt eines Kindes, geknüpft, ein bewußtes Wollen spielt hier keine Rolle, sodaß naturgemäß jede analoge Anwendung von Vorschriften über Rechtsgeschäfte ausgeschlossen ist.[38]) Für die unerlaubte Handlung hat dagegen das B. G. B. allerdings Normen aufgestellt, Normen über die Verantwortlichkeit; freilich entsprechen diese nach der Natur der Sache nicht ganz denen über die Geschäftsfähigkeit, obwohl sich große Übereinstimmungen zeigen,[39]) doch eine gleiche Wurzel, die Willensfähigkeit im allgemeinen, kann man beiden nicht absprechen.[40])

Ist so m. E. die rechtliche Möglichkeit gegeben, die Bestimmungen über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen analog auch auf das Verlöbnis vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie auszudehnen, so würde man jedoch weit über das Ziel hinausschießen, wollte man nun mit Matthiaß, Jacobi und Engelmann gleich alle diese Vorschriften angewandt wissen. Vielmehr ist aus dem Wesen des Verlöbnisses heraus zu entscheiden, welche Vorschriften einer analogen Anwendung fähig sind. So ist z. B. die Anwendung der §§ 104, 105, 117, 118, 134, 138 B. G. B. unbedenklich, dagegen darf z. B. § 107 B. G. B. Anwendung nicht finden.[41]) Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob die, die einander die Ehe gelobt haben, soweit sittlich und geistig reif sind, um diesen Schritt in seiner Eigenart und Bedeutung genügend zu begreifen.

[38]) Vgl. Endemann a. a. O. I S. 279 Anm. 9.

[39]) Das 7. Lebensjahr spielt bei beiden die gleiche Rolle, § 104 Zif. 2 und § 827 B. G. B. stimmen im wesentlichen überein.

[40]) So umfaßt Endemann a. a. O. I S. 124 unter den Begriff „Verkehrsfähigkeit" Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit, ebenso Gareis a. a. O. S. 112 Zif. 2 u. S. 113 Zif. 5 unter den Begriff „Handlungsfähigkeit" beides.

[41]) Ebensowenig die §§ 119 f. B. G. B. Darüber noch genauer unten unter III.

Die eben angestellte Untersuchung, wann vom Standpunkt der Vertragstheorie, wann vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie ein gültiges Verlöbnis vorliegt, wird dann sehr an Bedeutung gewinnen, wenn man der Ansicht ist, daß der Verlöbnisbegriff des Bürgerl. Gesetzbuches auch für das Straf- und Prozeßrecht maßgebend sein müsse. Vor dem Inkrafttreten des B. G. B. wurde die notwendige Übereinstimmung des privatrechtlichen Verlöbnisbegriffes mit dem öffentlichrechtlichen von Praxis und Theorie ganz allgemein verneint, vor allem aus dem Grunde, weil das bürgerliche Recht meist nur das formelle Verlöbnis anerkannte. Das ist jetzt anders geworden. Auch das Verlöbnis des bürgerlichen Rechts ist formlos. So sind denn auch die meisten Theorethiker, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, nunmehr der Ansicht, daß der Verlöbnisbegriff des bürgerlichen Rechts auch auf Straf- und Prozeßrecht Anwendung finden müßte.[42]) Sie übersehen, daß eine solche Auffassung - vom Standpunkt der Vertragstheorie - große Härten mit sich bringt. Glaser[43]) sagt mit Recht: „Es scheint unbillig, daß es bei der Beurteilung eines Verlobtenverhältnisses als subjektiven Entschuldigungsgrundes für eine Straftat einen Unterschied ausmachen soll, ob der Vormund es genehmigt hat oder nicht, oder daß der Konflikt, in welchem die Pflicht, dem Gerichte die Wahrheit zu sagen, den Zeugen mit seiner Neigung bringt, den durch die Bande enger Zusammengehörigkeit mit ihm verbundenen Angeklagten zu schonen (Entschdgn. des R. G. in Straff. Bd. 14 S. 8), ein nichtbeachtlicher sein soll, wenn der Vormund die Eingehung dieses Bandes nicht genehmigt hat." Auf Grund der Art. 4 und Art. 32 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. wird man, um die vorliegende Frage entscheiden zu

[42]) So Stutz a. a. O. S. 23 Anm. 4; Dittenberger a. a. O. S. 116 Anm. 1; Cramer a. a. O. S. 55, insbes. Anm. 21; Nathan a. a. O. S. 80 Anm. 5; Dernburg a. a. O. IV S. 22; wohl auch Neumann, Opet, Schmidt u. Habicht, Enneccerus u. Lehmann, Staudinger, wenn sie unter den Wirkungen des Verlöbnisses, über dessen rechtliches Zustandekommen sie sich eben ausgesprochen haben, die öffentlichrechtlichen aufzählen. Vgl. auch Mugdan a. a. O. IV S. 681 (Protokolle II bei Form des Verlöbnisses). Schwankend Glaser a. a. O. S. 28 Anm. 24.

[43]) a. a. O. S. 29 Anm. 24.

können, zu prüfen haben, ob die betreffenden Reichsgesetze, wenn sie von Verlobten sprechen, einen Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen beabsichtigt haben oder ob sie Sinn und Bedeutung dieses Begriffes dem allgemeinen bürgerlichen Recht entnehmen.[44]) Dieselbe Frage taucht in allen den Fällen auf, wo das Strafgesetzbuch und die Prozeßordnungen der Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft, die sie nicht definieren, Erwähnung tun. Auch hier hielt man sich früher an die Begriffe des bürgerlichen Rechts nicht gebunden.[45]) Doch ist diese Frage wenigstens für einen Teil dieser Gesetzgebungen — nicht für das Strafgesetzbuch — jetzt durch Art. 33 des E. G. zum B. G. B. im entgegengesetzten Sinne entschieden worden. Ob man diese Bestimmung analog auf das Verlöbnis anzuwenden hat? Ein Zwang hierzu besteht jedenfalls nicht. Art. 33 des E. G. zum B. G. B. läßt die beim Vorkommen privatrechtlicher Begriffe in Reichsgesetzen außerhalb des B. G. B. für jeden Einzelfall nach Art. 4 und Art. 32 E. G. anzustellende Erwägung, ob das betr. Reichsgesetz einen Begriff mit selbständigem Inhalt einführen will oder Sinn und Bedeutung dem allgemeinen bürgerlichen Recht entnehmen will, vollkommen unbeeinflußt, er gibt nur eine authentische Interpretation im Sinne der letzten Alternative in Ansehung der hier speziell hervorgehobenen Begriffe in den speziell hervorgehobenen Gesetzen.[46]) Er soll eine Übertragung dieser Bestimmung auf ähnliche Begriffe oder für andere Reichsgesetze nicht anempfehlen, ebensowenig ist er allerdings als arg. e contrario im umgekehrten Sinne aufzufassen.[47])

---

[44]) Vgl. Entscheidungen des R. G. in Strafsachen Bd. 34 S. 420; ferner Niedner, Kommentar zum Einführungsgesetz des B. G. B. zu Art. 33 S. 84.

[45]) So noch Löwe in der 9. Auflage seines Kommentars zur Strafprozeßordnung zu § 51 Zif. 3 Str. P. O.

[46]) So Niedner a. a. O. zu Art. 33 S. 84.

[47]) Dies bestätigen die Ausführungen in den Motiven und Protokollen zu Art. 33. In den Motiven zum E. G. S. 69 bei Mugdan a. a. O. I S. 4 wird ausdrücklich betont, daß die Tragweite der in Art. 33 genannten Begriffe in anderen Gesetzen auch künftighin nicht ohne weiteres nach dem B. G. B. bemessen werden kann, sondern daß die Reichsgesetze zunächst aus sich selbst auszulegen sind. Und in der Kommission für die II. Lesung (Prot. II S. 9121/22 bei Mugdan a. a. O. I S. 117) wurde sogar ein Antrag auf Streichung des Art. 33 gestellt, um die Gefahr einer Über-

Sonach haben wir völlig freie Hand bei Entscheidung der hier in Rede stehenden Frage. Es ist m. E. von folgendem auszugehen: Sind die Gründe und Erwägungen, aus denen heraus das Verlöbnis auf den verschiedenen Rechtsgebieten Berücksichtigung gefunden hat, die gleichen, so wird auch ein einheitlicher Rechtsbegriff des Verlöbnisses, eben der des B. G. B., anzunehmen sein. Ergibt sich dagegen eine Verschiedenheit, so sind wir berechtigt, den Verlöbnisbegriff für jedes Rechtsgebiet als Sondernorm zu fassen und für den Begriff in dem einen Rechtsgebiet andere Voraussetzungen aufzustellen als in dem andern je nach der Natur der rechtspolitischen Zwecke, aus denen heraus das Verlöbnis in ihnen Berücksichtigung gefunden hat. Daß nun diese rechtspolitischen Zwecke bei Berücksichtigung des Verlöbnisses auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts andere sind als auf dem des B. G. B., dürfte klar sein. Für das Zivilrecht liegt die Bedeutung des Verlöbnisses in seiner Bestimmung, die künftige Eheschließung mit allen ihren vom Zivilrecht festgestellten Folgen für das Rechtsleben der Ehegatten unter sich und im Verhältnis zu anderen Personen anzubahnen[48]) und kraft dieser außerordentlichen Bedeutung bedurfte es eines Schutzes des verlöbnistreuen Teiles bei Verlöbnisbruch, vornehmlich um ihn vor Vermögensnachteil zu bewahren. Diesem Zwecke entspricht im allgemeinen die Anwendung der zur Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs aufgestellten positiven Normen des B. G. B. auf den Verlöbnisbegriff. Dagegen war für das Prozeß- und Strafrecht vornehmlich die hohe sittliche Bedeutung des Verlöbnisses maßgebend, die es verbot, an einem solchen Verhältnis etwa wie an einer Liebschaft oder Freundschaft achtlos vorbei zu gehen. Unsere natürliche Empfindung, unsere allgemeine Volkssitte und unsere religiösen Gebote[49]) fordern die prozeß- und strafrechtliche Sonderstellung und Begünstigung der Verlobten: ihr Zeugnis-

tragung dieser Bestimmung oder aber einer Verwendung derselben als arg. e. contr. abzuwenden, der aber mit Rücksicht auf die außerordentlich praktische Bedeutung des Art. 33 und unter Hinweis auf die oben angeführte Auffassung der Motive abgelehnt wurde. Vgl. auch Planck a. a. O. VI, Bem. 3 zu Art. 33 S. 123.

[48]) So Entschdg. des R. G. in Straff. Bd. 35 S. 51.

[49]) So die oben angeführte Reichsgerichtsentscheidung.

verweigerungsrecht gegen einander, die Möglichkeit, dem andern straflos in Notstand zu Hilfe kommen zu dürfen, bei gewissen gegen den andern Verlobten begangenen Delikten den Täter durch Nichtstellen des Strafantrags vor Strafverfolgung zu schützen. Diese sittlichen Momente, die zur Berücksichtigung des Verlöbnisses auf den Gebieten des Prozeß- und Strafrechts nötigten, erfordern aber auch einen dementsprechenden Verlöbnisbegriff; einmal muß ein jeder Verlobte den ernstlichen und bestimmten Willen haben, den anderen zu ehelichen, sodaß z. B. im Falle einer Mentalreservation diese Rechtsgebiete ein Verlöbnis nicht für vorliegend erachten werden, ebensowenig wird man aber einem Verlobten die oben genannten Vergünstigungen deshalb versagen dürfen, weil bestimmte zivilrechtliche Erfordernisse des rechtsgeschäftlichen Verlöbnisbegriffes nicht erfüllt sind, so etwa der Vormund eines 20jährigen Mädchens dem Verlöbnis nicht beigestimmt hat.

Nach alledem ist m. E. die Frage, ob der Verlöbnisbegriff des B. G. B. auch für das Straf- und Prozeßrecht maßgebend ist, zu verneinen.[50])

III. Von der bislang behandelten hauptsächlichen Frage, wann liegt ein gültiges Verlöbnis vor, abgesehen, gibt es im einzelnen noch einige Punkte, die eine praktische Verschiedenheit der beiden Theorieen ergeben. Auf diese ist im folgenden noch kurz einzugehen.

Nach der Vertragstheorie ist ein Verlöbnis auf Grund der §§ 119 f. B. G. B. anfechtbar. Diese Anfechtungsgründe werden jedoch in weitaus den meisten Fällen zugleich wichtige Rücktrittsgründe sein. Es ist klar, daß diese beiden Lehren mit einander kollidieren müssen. Während zunächst dem Rücktrittsrechte eine bestimmte Frist nicht gesetzt ist, muß eine Anfechtung wegen Irrtums unverzüglich nach erlangter Kenntnis des Anfechtungsgrundes er-

[50]) So ist denn auch das Reichsgericht bei seiner alten Praxis (vgl. Entschdgn. des R. G. in Strafs. Bd. 6 S. 54, Bd. 10 S. 117, Bd. 14 S. 8) stehen geblieben, wie die mehrfach angeführte Entschdg. Bd. 35 S. 49 f., eine Entscheidung in Goltdammers Archiv für Strafrecht Bd. 49 S. 266 und eine Entscheidung vom 16. Nov. 1905, abgedruckt in „Das Recht" Bd. 9 S. 685 lehren. Gl. Ansicht v. Liszt, Lehrbuch des Deutsch. Strafrechts § 34 Anm. 4 S. 129 und Reincke, Kommentar zur Z. P. O. zu § 383 Nr. 1 S. 360.

folgen. Allerdings wird man unter Umständen verlangen können, daß auch der Rücktritt binnen angemessener Frist erfolgt, widrigenfalls die Berechtigung zum ersatzlosen Rücktritt verloren geht,[51]) da in dem längeren Hinzögern und Fortsetzen der nahen beiderseitigen Beziehungen ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht, ein Verzeihen, liegen kann, immerhin wird man einen „unverzüglichen" Rücktritt nicht fordern dürfen, denn eine gewisse, bisweilen sogar längere Zeit in Anspruch nehmende Bedenkfrist, ob unter den gegebenen Umständen ein Rücktritt geboten erscheint, ist jedenfalls nur angemessen und billig. Und weiter! Den wegen Irrtums Anfechtenden trifft nach § 122 B. G. B. eine Ersatzpflicht gegenüber dem andern Teil, ich gebe zu, daß der hiernach zu ersetzende Schaden niemals den Betrag des nach § 1298 B. G. B. zu ersetzenden Schadens übersteigen darf,[52]) auch daß ein unentschuldbarer Irrtum nicht als wichtiger Rücktrittsgrund anzusehen ist.[53]) Ein entschuldbarer Irrtum berechtigt aber zweifellos zu ersatzlosem Rücktritt, wohingegen bei der Anfechtung nach § 122 B. G. B. das Moment der Entschuldbarkeit nicht vor Schadensersatzpflicht schützt. Und tritt jemand aus unentschuldbarem Irrtum zurück, so hat er außer seinem Gegner auch noch den übrigen in § 1298 B. G. B. genannten Personen Ersatz zu leisten, ficht er dagegen an, so nach § 122 B. G. B. nur seinem Gegner. Das sind praktisch sehr erhebliche Widersprüche.[54]) Ihnen abzuhelfen ist die Vertragstheorie jedoch nicht imstande.[55]) Wenn Goldmann[56]) meint, die Anfechtungslehre habe der Rücktrittslehre als lex specialis zu

[51]) So Dittenberger a. a. O. S. 82, 84; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 13; Planck a. a. O. IV S. 13.

[52]) So Dittenberger a. a. O. S. 77; Cramer a. a. O. S. 37; Opet a. a. O. S. 9; Staudinger a. a. O. IV S. 13.

[53]) Dittenberger a. a. O. S. 78; Nathan a. a. O. S. 78; Planck a. a. O. IV S. 12/13.

[54]) Sie zeigt treffend Nathan a. a. O. S. 78 und S. 86/87.

[55]) Daß die allgemeinen Bestimmungen über die Anfechtbarkeit der Willenserklärungen auch im Familienrecht Geltung haben, soweit nicht Sondervorschriften wie bei der Ehe gegeben sind, zeigen schon die §§ 1755, 1770 B. G. B., die ohne weiteres von Anfechtbarkeit des Adoptionsvertrags bezw. des entsprechenden Aufhebungsvertrags sprechen.

[56]) a. a. O. S. 433.

weichen, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Rücktrittslehre als lex specialis gegenüber der Anfechtungslehre nicht aufgefaßt werden kann, wie denn auch sonst überall Rücktritt und Anfechtung bei Verträgen nebeneinander bestehen. Ebensowenig hat Cramer[57]) recht, wenn er meint, der den Anfechtungsgrund bildende Umstand müsse vor dem Abschluß der Verlobung vorhanden gewesen sein, die den Rücktritt rechtfertigenden Gründe müßten dagegen erst nach demselben, also während der Dauer des Verlöbnisses eingetreten sein. Eine solche einschneidende Beschränkung der Rücktrittsgründe hätte zweifellos Anführung im Gesetz finden müssen. Da das Gesetz aber die Entscheidung, ob ein wichtiger Rücktrittsgrund vorliegt, völlig für jeden Einzelfall dem billigen Ermessen des Richters überläßt, ist daran festzuhalten, daß Rücktrittsgründe sowohl bereits bei Abschluß des Verlöbnisses vorliegen können, als auch nachträglich erst zur Entstehung kommen können.[58]) Die Tatsächlichkeitstheorie hat demgegenüber den Vorteil, daß sie die Anfechtungsmöglichkeit eines Verlöbnisses ohne weiteres zu verneinen berechtigt ist.

Das B. G. B. läßt grundsätzlich die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts durch Vertreter zu. Auch die familienrechtlichen Geschäfte machen hiervon keine Ausnahme, was schon daraus hervorgeht, daß das Gesetz in gewissen Fällen den allgemeinen Grundsatz der freien Vertretungsmöglichkeit ausschließt.[59]) Freilich entspricht der Abschluß eines Verlöbnisses durch einen Vertreter nicht der höchstpersönlichen Natur des Verlöbnisses. So muß zweifellos die Zulässigkeit des Abschlusses des Verlöbnisses durch den gesetzlichen Vertreter verneint werden, aus gleichem Grunde aber auch die Zulässigkeit des Abschlusses durch einen Generalbevollmächtigten.[60]) Die Möglichkeit einer Vertretung auf Grund

[57]) a. a. O. S. 60.61. Er denkt dabei wohl an den Unterschied von Eheanfechtungs- und Ehescheidungsgründen.

[58]) So auch die allgemeine Meinung, z. B. Dittenberger a. a. O. S. 160; Schmidt u. Habicht S. 19; Opet S. 11; Staudinger a. a. O. IV S. 15; Dernburg a. a. O. IV S. 27.

[59]) So z. B. in den §§ 1307, 1317, 1336, 1595, 1728 B. G. B., aber nicht in allen. Vgl. Cosack a. a. O. I S. 233, insbes. Anmerk. 6; ferner Gareis a. a. S. 201; Cramer a. a. O. S. 39.

[60]) Über diese beiden Punkte herrscht in der Literatur Einstimmigkeit. Die Theorie des familienrechtlichen Vertrags kann sich auf § 613 Z. P. O. berufen.

einer Spezialvollmacht wird dagegen die Vertragstheorie zugeben müssen und zwar nicht nur einer Vertretung in der Erklärung des Willens, sondern auch einer solchen im Willen selbst.[61]) Es lassen sich, wie das Beispiel Stutzs von der Missionsbraut zeigt, Fälle denken, in denen eine Vertretung im Willen nicht ohne weiteres als gegen die guten Sitten verstoßend zu bezeichnen ist. Dagegen verneint der größte Teil der Anhänger der Vertragstheorie[62]) die Zulässigkeit einer Vertretung im Willen als mit dem Verlöbnisinstitut unvereinbar und läßt lediglich eine Vertretung in der Erklärung des Willens zu. Eine solche Person aber, die weder selbständig handelt noch entscheidet, kann kaum noch als Vertreter angesehen werden, sie ist bloßes Ausführungsorgan des Willens des Vertretenen, dessen Bote, nicht dessen Stellvertreter. Auch hier ist die Tatsächlichkeitstheorie besser gestellt. Sie braucht – ohne damit sich mit der allgemeinen Regelung des B. G. B. in Widerspruch zu setzen – – eine echte Stellvertretung beim Verlöbnis nicht zuzulassen.

Schließlich ergeben sich noch einige theoretische wie praktische Verschiedenheiten beider Theorieen bei der Rücktrittslehre. Die Vertragstheorie sieht in dem Rücktritt eine einseitige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Die Erklärung braucht zwar keine ausdrückliche zu sein, doch ist sie empfangsbedürftig.[63]) Die Tatsächlichkeitstheorie sieht im Rücktritt lediglich einen tatsächlichen Vorgang,[64]) eine auf Auflösung des Verlöbnisses zielende Willens-

[61]) So Stutz a. a. O. S. 71 f.; Dernburg a. a. O. IV S. 24; Glaser a. a. O. S. 27.

[62]) Dittenberger a. a. O. S. 65 f.; Cramer a. a. O. S. 39; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 9; Opet a. a. O. S. 8; Staudinger a. a. O. IV S. 7.

[63]) So auch die allgemeine Meinung: Dittenberger a. a. O. S. 124; Stutz a. a. O. S. 78; Cramer a. a. O. S. 59; Glaser a. a. O. S. 31; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 12; Opet a. a. O. S. 11. Nach Dernburg a. a. O. IV S. 26 genügt, daß die Rücktrittserklärung in die Öffentlichkeit gedrungen ist, dagegen sei sie nicht empfangsbedürftig. Diese Anschauung ist vom Standpunkt der Vertragstheorie mit Rücksicht auf § 349 B. G. B. nicht haltbar.

[64]) So spricht Jacobi a. a. O. S. 18 von seinem Standpunkt aus mit Recht von einem Rücktritt im vulgären, nicht im technischen Sinne. Dies verkennt Dittenberger a. a. O. S. 124, Anm. 2.

kundgabe eines Teiles. Diese muß demnach zwar irgendwie öffentlich in die Erscheinung getreten sein, doch braucht die Tatsächlichkeitstheorie Empfangsbedürftigkeit derselben jedenfalls nicht zu fordern. Dieser Unterschied zur Vertragstheorie kann zunächst wichtig werden wegen des Beginns der Verjährungsfristen nach § 1302 B. G. B.,[65]) außerdem jedoch auch für die öffentlich rechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses,[66]) falls man einen einheitlichen Verlöbnisbegriff für alle Rechtsgebiete für gegeben hält. Von dem Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit muß die Vertragstheorie freilich in dem Falle absehen, wenn der Rücktritt erfolgt durch Eingehung einer Ehe mit einem Dritten,[67]) ein Fortbestehen des alten Verlöbnisses bis zur erlangten Kenntnis der Eheschließung seitens des andern Teiles wäre sinnlos. Dagegen wird durch Eingehung eines neuen Verlöbnisses seitens eines noch Verlobten nach der Vertragstheorie das alte Verlöbnis nicht ipso jure aufgehoben, obwohl das Eingehen eines zweiten ernstgemeinten Verlöbnisses — und nur ein solches kann ja in Betracht kommen — nach der Natur der Sache ohne weiteres einen offenbaren Rücktrittswillen in sich schließt.[68]) Viel-

[65]) Die Befürchtung, daß dann eventuell die Ersatzansprüche bereits verjährt sein könnten, noch ehe der andere Teil von der Auflösung des Verlöbnisses etwas erführe, dürfte nicht allzu groß sein, denn einmal muß der Rücktritt immerhin irgendwie öffentlich in die Erscheinung getreten sein und dann wird bei den nahen Beziehungen, die zwischen Verlobten naturgemäß bestehen, ein solcher Rücktrittsfall wohl stets noch rechtzeitig dem andern Teil bekannt werden, andernfalls es sich wohl meist um eine Verlöbnisauflösung im gegenseitigen, stillschweigenden Einverständnis handeln dürfte. Vgl. auch § 826 B. G. B.

[66]) Die sich hier durch das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit eventuell leicht ergebenden Widersinnigkeiten veranlaßten Dernburg wohl in erster Linie, dies Erfordernis auch für die Vertragstheorie als nicht gegeben anzusehen, wie aus seiner Anm. 10 a. a. O. IV S. 26 folgt.

[67]) Vgl. Glaser a. a. O. S. 31 Anm. 30; Staudinger a. a. O. IV S. 12 unter V, b; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 12. Dittenberger a. a. O. S. 125 will dies nicht zugeben, doch sind seine Gegenausführungen nicht zutreffend. Mit der Beendigung der für die Ehe erforderlichen Aufgebotsfrist kann die Rücktrittserklärung dem andern Teil als zugegangen nicht angesehen werden, da die Möglichkeiten, nach denen eine empfangsbedürftige Willenserklärung als zugegangen anzusehen ist, in den §§ 130 – 132 B. G. B. abschließend geregelt sind.

[68]) Stutz a. a. O. S. 56, insbes. Anm. 2; Dernburg a. a. O. IV S. 25.

mehr erfolgt nach der Vertragstheorie die Auflösung des alten Verlöbnisses erst dann, wenn der andere Teil des früheren Verlöbnisses Kenntnis von dem späteren erhält. So ist die Vertragstheorie auch heute noch genötigt, Grundsätze über Verlöbniskonkurrenz aufzustellen. Die herrschende Ansicht sieht das zweite Verlöbnis bis zur Auflösung des ersten als nichtig an.[69]) Die Tatsächlichkeitstheorie braucht solch' überflüssige, ja nicht immer unbedenkliche Sätze nicht aufzustellen, mit der Eingehung eines zweiten ernstgemeinten Verlöbnisses endigt das erste, da es eines ausdrücklichen Zugehens dieser deutlichen Absage des alten Verhältnisses an den andern Teil nicht bedarf.

Nach allgemeinen Grundsätzen müßte die Vertragstheorie zur Rücktrittserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters verlangen, zumal ja gerade dieser Schritt leicht dem Zurücktretenden pekuniäre Nachteile bringen kann. Doch muß man von diesem Erfordernis hier ausnahmsweise absehen, da es widersinnig erscheinen muß, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen durch Verweigerung seiner Genehmigung zum Verharren beim Verlöbnisse zwingen könnte, obwohl er ihn doch niemals zur Eheschließung zwingen kann, außerdem der Minderjährige es leicht dahin bringen kann, daß der andre Teil durch sein Verschulden sich zum Rücktritt genötigt sieht und er selbst so doch der Ersatzpflicht verfällt.[70])

Als einen Unterschied beider Theorieen und einen Nachteil der Tatsächlichkeitstheorie hebt Glaser a. a. O. S. 32 noch hervor, daß die Tatsächlichkeitstheorie eine Anfechtung der Rücktrittserklärung nicht kenne. Dies zugegeben, so ist doch dieser Mangel praktisch nicht sehr erheblich. Die Glaserschen Beispiele selbst zeigen das. Wenn mich mein Nebenbuhler mit der Pistole in der Hand zwingt, meiner Braut einen Absagebrief zu schreiben, so wird diese nach erlangter Kenntnis des Zustandekommens meiner Absage gern zum Wiederabschluß des Verlöbnisses bereit sein, da sie meinen „Rück-

[69]) Dittenberger a. a. O. S. 103 u. 124; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 11; Opet a. a. O. S. 9; Staudinger a. a. O. IV S. 9.

[70]) So Dittenberger a. a. O. S. 126; Cramer a. a. O. S. 59; Glaser a. a. O. S. 31; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 12. And. Meinung Staudinger a. a. O. IV S. 12 unter V, e.

tritt" überhaupt wohl kaum als solchen auffaßt, sodaß es auch vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie hier nicht zur Geltendmachung des an sich freilich rechtlich begründeten Ersatzanspruches kommen dürfte. Wenn sich bei der Beweisaufnahme im Prozeß mein vermeintlicher wichtiger Rücktrittsgrund als nicht gegeben herausstellt, weil man mir die Braut ohne jeglichen Grund verlästert hat, so wird diese, wenn ich den Verleumdungen Dritter leichtgläubig ein williges Ohr geliehen habe, nur wenig geneigt sein, nach erfolgter Anfechtung meiner Rücktrittserklärung das Verlöbnis mit mir fortzusetzen, anderseits erscheint mir in einem solchen Falle meine Ersatzpflicht durchaus nicht so unbillig.[71]) Beruht mein Irrtum dagegen nicht auf Verschulden, so wird wie im ersten Falle die Braut aller Voraussicht nach mit einem Wiederabschluß des Verlöbnisses einverstanden sein.[72])

Weitere praktische Unterschiede beider Theorieen können sich fernerhin noch ergeben hinsichtlich der Übergangsbestimmungen, des internationalen Privatrechts, sowie des Gerichtsstandes wegen der Klage aus §§ 1298 f. B. G. B., doch führen hier die einzelnen Vertrags- bezw. Tatsächlichkeitstheorieen selbst zu verschiedenen Ergebnissen, sodaß über diese Punkte erst im zweiten Abschnitt der Arbeit gesprochen werden kann.

§ 5.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 1297 f. B. G. B. in ihrer Bedeutung für den Gegensatz von Vertragstheorie und Tatsächlichkeitstheorie.

Im Zusammenhang alles dessen, was für oder gegen die Vertragstheorie bezw. die Tatsächlichkeitstheorie anzuführen ist oder angeführt worden ist, muß auch der Entstehungsgeschichte der §§ 1297 f. kurz

[71]) Unentschuldbarer Irrtum bei Eingehung eines Verlöbnisses ist ja, wie oben Anm. 53 ausgeführt, auch kein wichtiger Rücktrittsgrund und befreit nicht von der Ersatzpflicht.

[72]) Vom Standpunkt der zu den Tatsächlichkeitstheorieen gehörigen Deliktstheorie ließe sich hier auch sagen, daß die Schadenshaftung dann mangels des erforderlichen Verschuldens entfiele, wenn der Täter die schädigende Handlung aus entschuldbarem Irrtum für erlaubt gehalten hat. Vgl. Planck a. a. O. II S. 610 unter c; Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 560 Zif. 8; Jung, Delikt und Schadensverursachung S. 24 u. a.

gedacht werden, denn diese ist von den Vertretern beider Theorieen vielfach als Stütze für ihre Theorie zu verwerten versucht worden.[1]) Ganz abgesehen davon, daß diese Entstehungsgeschichte, wie sie in den Motiven, Protokollen und Reichstagskommissionsberichten niedergelegt ist, schon an sich nur mit Vorsicht als Auslegungsmittel zu benutzen ist, denn in erster Linie kommt es nicht darauf an, was Gesetz hat werden sollen, sondern was gesetzlichen Ausdruck gefunden hat (vgl. Entschdg. der R. G. in Zivils., Bd. 16 S. 194), so ist sie im vorliegenden Falle überhaupt nicht einmal in der Lage, einen Grund für oder wider in dem Streit der Theorieen abzugeben, da, wie Stutz[2]) treffend bemerkt, „über das Wesen und die rechtliche Natur des Verlöbnisses im Schoße der bei der Ausarbeitung des Gesetzbuchs tätig gewordenen Kollegien nicht nur Meinungsverschiedenheiten, sondern sogar bemerkenswerte Unklarheit herrschte und man keineswegs vermeinte, eine prinzipielle und vollständige Lösung des Verlöbnisproblems zu geben, vielmehr gerade die Hauptschwierigkeiten bereitwillig der Wissenschaft zur Entwirrung anheim gab." Das sei im folgenden kurz gezeigt.

Der Vorentwurf zum Entwurf I[3]) stellte an die Spitze des dritten Buches den Satz: „Der auf die künftige Abschließung einer Ehe gerichtete Vertrag (Verlöbnis) begründet weder einen Anspruch auf Vollziehung der Ehe noch auf Entschädigung wegen Nicht erfüllung oder einseitigen Rücktritts vom Verlöbnisse. Die Verabredung einer Leistung für den Fall, daß die Ehe nicht zustande komme, ist nichtig." Schloß diese Definition auch die Annahme einer ganz bestimmten Theorie[4]) in sich, so nahm sie doch diesem „Vertrage" zugleich jede rechtliche Wirksamkeit.

Die Zwecklosigkeit eines solchen Verfahrens sah denn die erste Kommission[5]) auch ein, sie stellte deshalb an die Spitze des Verlöbnis

[1]) So vor allem auch heute noch auf der einen Seite Dittenberger a. a. O. S. 41; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 78; auf der andern Seite Jacobi a. a. O. S. 18/19, insbes. Anm. 16 und Eltzbacher a. a. O. I S. 181/182.

[2]) a. a. O. S. 19.

[3]) Protokolle der Kommission für die 1. Lesung des Bürgerl. Gesetzbuchs (Prot. I) S. 5829.

[4]) Die des obligatorischen Vorvertrages. Stutz a. a. O. S. 11.

[5]) Protokolle I S. 5833 f.; Motive IV S. 3; bei Mugdan a. a. O. IV S. 2.

rechts den Satz: „Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet."[6]) Sachlich stimmte sie mit dem Vorentwurf darin überein, daß aus dem Verlöbnis ein Anspruch auf Vollziehung der Ehe oder auf das Erfüllungsinteresse oder auf eine Abfindung als Ersatz für die gehofften, aber vereitelten Vorteile der Ehe nicht begründet werden sollte. Während jedoch der Vorentwurf davon ausging, daß ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nur insoweit anzuerkennen sei, als derselbe sich aus den allgemeinen Grundsätzen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen rechtfertige, entschloß sich die erste Kommission in erster Linie aus dem Bedenken heraus, ob der Verlöbnisbruch, da ja das Verlöbnis als unverbindlich erklärt sei, der Rücktritt also freistehe, als unerlaubte Handlung aufzufassen sei, zu einer positiven Festsetzung dieses Anspruches im Gesetze.

Der Kommission für die zweite Lesung[7]) lagen drei verschiedene Anträge über die Fassung des jetzigen § 1297 B. G. B. vor. Beantragt waren folgende Fassungen:

1. Aus dem Verlöbnis findet eine Klage auf Schließung der Ehe nicht statt.
2. Durch das Verlöbnis werden die Verlobten zur Eheschließung verpflichtet.
3. Durch das Verlöbnis wird ein Anspruch auf Schließung der Ehe nicht begründet.

Der 3. Antrag wollte den Standpunkt des Entwurfes in etwas milderer Form aufrecht erhalten. Zu seiner Begründung führte der Antragsteller aus, daß es dem sittlichen Wesen der Ehe widerstreite, daß eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Schließung der Ehe eingegangen werde. Das Gesetz dürfe ein solches Rechtsgeschäft nicht anerkennen. Der Antrag zu 2 wollte das Verlöbnis

[6]) Auch dieser Regelung lag — wenn auch nicht direkt ausgesprochen — eine bestimmte Theorie zugrunde, eine Theorie, die das Verlöbnis nicht als Rechtsgeschäft aufgefaßt sehen will. Stutz a. a. O. S. 14; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 7; Cramer a. a. S. 50. Ausgesprochen wurde dieser Sinn der Bestimmung des Entwurfs erst in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung S. 4865.

[7]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung (Prot. II) S. 4865 f. bei Mugdan a. a. O. IV S. 676 f.

als Rechtsgeschäft aufgefaßt wissen, eine Klage auf Eingehung der Ehe zulassen, nur die Vollstreckung für einen derartigen Anspruch sollte ausgeschlossen sein. Die Mehrheit nahm dagegen den Standpunkt ein, der mit dem Antrage zu 1 Gesetz werden sollte. „Das Verlöbnis werde regelmäßig in der beiderseitigen Annahme geschlossen, daß sich demnächst die Eheschließung daran schließen werde. Es sei nicht richtig, den Satz aufzustellen, daß das Verlöbnis unter keinen Umständen ein Rechtsgeschäft sein könne. Tatsächlich werde es vielfach als ein solches aufgefaßt und behandelt. Es müsse notwendig zu Mißverständnissen führen, wenn man an die Spitze der Vorschriften über das Verlöbnis den Satz stelle, daß das Verlöbnis keine Verpflichtung zur Eheschließung begründe. Man erwecke dadurch den Anschein, als solle damit auch die im Verlöbnis liegende sittliche Verpflichtung negiert werden. Man werde also den § 1297 des Entwurfes nicht aufrecht erhalten können. Anderseits erscheine es aber auch nicht angemessen, mit dem Antrage 2 den umgekehrten Satz an die Spitze zu stellen. Man müsse vielmehr die Entscheidung der Frage nach dem prinzipiellen Charakter des Verlöbnisses der Wissenschaft überlassen. Für den Gesetzgeber genüge es, den Satz auszusprechen, daß aus dem Verlöbnisse keine Klage auf Eingehung der Ehe zugelassen werde. Dieser Satz sei aber allerdings notwendig, da sich mangels einer Bestimmung die Klagbarkeit des Verlöbnisses ergeben und nur die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile nicht zulässig sein würde." Der Antrag zu 1 wurde denn auch in der Gesetz gewordenen Form angenommen: „Aus einem Verlöbnisse kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden." Mit Rücksicht auf diese veränderte Form des Eingangsparagraphen im Verhältnis zum Entwurf I wurde der Satz, der die Unwirksamkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe aussprach, wieder hinzugefügt, während er bei der Fassung des Entwurfs I als selbstverständlich (§ 344 B. G. B.) i. G. zum Vorentwurf weggelassen war.

In der Reichstagskommission[8]) entspann sich dann nochmals ein heißer Kampf über den prinzipiellen Charakter des Verlöbnisses

[8]) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B. G. B. IV S. 1 f., bei Mugdan a. a. O. IV S. 1187.

bei dem Antrage, den umstrittenen Paragraphen dahin zu fassen: „Das Verlöbnis begründet die Verpflichtung zur Eheschließung; diese Verpflichtung ist jedoch nicht klagbar.“ Hier muß allerdings gesagt werden, daß die Anschauung, das Verlöbnis sei nicht als Rechtsgeschäft anzusehen, die Oberhand gewann. Regierungsseitig wurde auf den obigen Antrag entgegnet, daß die aus dem Verlöbnis sich ergebende Verpflichtung zur Eheschließung nur eine höchst unvollkommene sein könne. Sie sei jedenfalls keine Verpflichtung obligatorischer Art, sondern nur eine ethische oder soziale, an die sich allerdings unter gewissen Voraussetzungen Rechtsfolgen anschließen. Unter diesen Umständen sei es richtiger, sich auf die Feststellung dieser Folgen zu beschränken. Aus dem Kreise der Kommission wurde dieser Anschauung beigetreten: „Es sei selbstredend, daß ein frivoler Bruch eines Verlöbnisses unmoralisch sei; aber so weit zu gehen, die Verpflichtung, ein Verlöbnis auszuführen, zu einer wenn auch nicht klagbaren Rechtsverpflichtung zu machen, liege kein Grund vor.“ Daraufhin wurde der Antrag abgelehnt.

§ 6.

Kritik einzelner Ausführungen wider die Vertragstheorie.

Wenn es sich darum handelt, aus allgemeinen Gesichtspunkten Gründe für und wider die Vertragstheorie bezw. die Tatsächlichkeitstheorie herzuleiten, so liegt es auf der Hand, daß die Tatsächlichkeitstheorie hier im Nachteile sein muß. Sie hat den zweifelhaften Vorzug der Neuheit. Mag sie auch darum eines gewissen Interesses nicht entbehren, so ist es doch nur selbstverständlich, daß man nicht ohne Not von alten Anschauungen abgeht zu gunsten von etwas neuem, das erst seine Existenzberechtigung nachzuweisen hat. Die Vertragstheorie hat demgegenüber eine reiche Geschichte hinter sich, an ihrem juristischen Ausbau ist lange Zeit schon gearbeitet worden. Angriffspunkte bietet sie um so weniger, als auch die Normen des B. G. B. nicht etwa völlig anders nach Wortlaut und Inhalt sind, als die früheren Gesetze über das gleiche Gebiet. So deckt sich z. B. die Regelung, die das Verlöbnisrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 gefunden

hatte, im großen und ganzen mit der unseres Gesetzbuches.[1]) Freilich ein großer Unterschied besteht. Das sächsische B. G. B. ließ keinen Zweifel über die Rechtsnatur des Verlöbnisses, indem es im § 1568 das Verlöbnis als den Vertrag definierte, durch welchen sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts die Eingehung der Ehe versprechen. Hierdurch schnitt es zwar jeden Streit über die rechtliche Natur des Verlöbnisses ab, hinderte jedoch eventuell auch gleichzeitig die Aufstellung einer sachgemäßen, der weiteren positiv gesetzlichen Regelung, der Volksanschauung und den praktischen Bedürfnissen entsprechenden Verlöbnistheorie, falls etwa die in dieser Definition enthaltene Verlöbnistheorie diese Bedingungen nicht erfüllen sollte. Und das behaupten die Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie hinsichtlich des B. G. B. Sie sagen, die Vertragstheorie sei unzutreffend, einmal weil die positiv gesetzlichen Bestimmungen ihr entgegenständen, dann weil die moderne Auffassung von dem Zweck, dem Wesen und der Bedeutung des Verlöbnisses eine andere sei und schließlich, weil ihre Annahme zu praktisch unhaltbaren Konsequenzen führe. Auf diese Einwendungen soll im folgenden eingegangen werden.

I. Der erste Einwand taucht in zweifacher Form auf. Die eine Form ergibt sich von selbst aus dem Begriff der Tatsächlichkeitstheorie i. G. zur Vertragstheorie. Man behauptet, die Vertragstheorie sei deshalb unhaltbar, weil die Rechtsfolgen, die das Verlöbnis nach heutigem Recht auslöst, sich nicht als gewollte Folgen der Willenserklärungen der Kontrahenten auffassen ließen. So sagt Bunsen[2]) ausdrücklich: „Das Verlöbnis ist kein Rechtsgeschäft, weil es als solches nicht geeignet ist, zivilrechtliche Wirkungen, welche dem Inhalt des Versprechens entsprechen, zu erzeugen." Diese Anschauung wird damit begründet, daß das B. G. B. sowohl die Erfüllungsklage wie die Klage auf das Erfüllungsinteresse ausschließt.[3]) Auf eine Untersuchung dieses Einwandes kann freilich an dieser Stelle unserer Arbeit noch nicht eingegangen

[1]) Der § 1297 entspricht den §§ 1579, 1580, die §§ 1298, 1299 entsprechen dem § 1581, die §§ 1301, 1302 den §§ 1583—1587 des sächsischen B. G. B.

[2]) a. a. O. III S. 9.

[3]) So insbesondere Matthiaß a. a. O. II S. 225; Jacobi a. a. O. S. 18.

werden, denn seine Berechtigung bezw. seine Haltlosigkeit hängt in erster Linie davon ab, welch' rechtlichen Charakter man diesem Verlöbnisvertrag beimessen will, wenn freilich auch von denen, die diesen Einwand zunächst erhoben, dies nicht erkannt worden ist,[4]) da sie die Vertragstheorie einseitig mit der Theorie des obligatorischen Vorvertrages identifizierten. Dieser Einwand erfordert ein Eingehen auf die einzelnen Vertragstheorieen und gehört sonach in den zweiten Abschnitt der Arbeit.

Dagegen kann die Richtigkeit der anderen Form, in der der Einwand, die Vertragstheorie entspräche nicht den positiv gesetzlichen Bestimmungen, begründet wird, schon hier untersucht und erledigt werden. Sie geht dahin: Das Gesetz untersage die Klage auf Eingehung der Ehe aus dem Verlöbnis und erkläre die Verabredung einer Vertragsstrafe für nichtig, es fasse demnach das Verlöbnis nicht als einen Vertrag auf.[5]) Der Unterschied von dem zuerst erwähnten Einwand ist klar. Während dieser aus den gesamten gesetzlichen Bestimmungen über das Verlöbnis, insbesondere auch aus dem Ausschluß der Klage auf das Erfüllungsinteresse (§§ 1298 f. B. G. B.) die Unrichtigkeit der Vertragstheorie herzuleiten sucht, sieht der jetzt behandelte Einwand allein schon in der Bestimmung des § 1297 B. G. B. den angeblichen Bruch mit der hergebrachten Anschauung von der Vertragsnatur des Verlöbnisses. Seine Widerlegung kann nicht schwer fallen. Allein schon der Umstand, daß es vor dem B. G. B. bereits Rechte gab, die die Klage auf Eheschließung sowie die Wirksamkeit einer Vertragsstrafabrede ausschlossen, trotzdem aber an der Vertragsnatur des Verlöbnisses festhielten, hätte zu Bedenken Anlaß geben müssen. Die wiederum wie z. B. des römischen Rechts zur Herrschaft gelangte Anschauung von der hohen Bedeutung und dem vornehmlich sittlichen Wesen der Ehe, nach der die Eingehung der Ehe nur auf beiderseitiger freier Entschließung beruhen dürfe und die freie Selbstbestimmung der Nupturienten nicht einmal durch indirekten Zwang, wie die Zulässigkeit einer Vertragsstrafe ihn mit sich

[4]) Matthiaß hat dies jetzt auch erkannt, wie aus seiner Anm. 2 a. a. O. II S. 226 hervorgeht.

[5]) So argumentieren Engelmann a. a. O. S. 635; F. Kohler a. a. O S. 2; Bülling a. a. O. S. 68. Daß diese Anschauung heute nur noch ganz vereinzelt vertreten wird, verkennt Glaser a. a. O. S. 33/34.

bringen würde, beeinträchtigt werden dürfe,[6]) mußte notwendig zu diesen gesetzlichen Bestimmungen führen. Diese verweisen jedoch durchaus nicht mit Notwendigkeit die aus dem Verlöbnis entspringende sittliche Pflicht zur Eheschließung aus dem Gebiete des Rechts, indem sie ihr die Eigenschaft einer Rechtspflicht nähmen, denn Klagbarkeit ist — wie jetzt allgemein anerkannt — kein Begriffsmerkmal des Vertrags bezw. der aus diesem entspringenden rechtlichen Pflichten, Erzwingbarkeit ist nicht unumstößliche Voraussetzung jedes Rechtes. Hierbei ist es ganz gleichgültig, ob man von einer obligatorischen oder einer familienrechtlichen Verpflichtung zur Eheschließung sprechen will; die Erfüllung familienrechtlicher Pflichten kann sogar grundsätzlich nicht erzwungen werden,[7]) aber auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts gibt es klaglose Verbindlichkeiten.[8]) Erst der Nachweis, daß dem Verlöbnis als Vertrag jede rechtliche Wirksamkeit abgeht, da die mit dem Verlöbnis zusammenhängenden Rechtsfolgen mit der Rechtsgeschäftsnatur des Verlöbnisses nichts zu tun haben, würde uns zu dem Schluß berechtigen, dem Verlöbnis die Vertragsnatur abzusprechen.

II. Nicht gering ist die Zahl derer, die die Vertragstheorie deshalb ablehnen, weil sie mit der modernen Auffassung von dem Zweck, dem Wesen und der Bedeutung der Verlobung und des Brautstandes nicht im Einklang stehe. Die Bedeutung des Verlöbnisinstitutes, so heißt es, läge darin, daß es den Brautleuten eine tiefere Herzenskunde verschaffen und ihnen eine Prüfung und Probe gegenseitigen Zusammenpassens gewähren solle.[9]) Der Brautstand hat also nach dieser Auffassung nicht als Vorbereitungszeit, sondern als Probezeit zu gelten.[10]) Ihre Begründung ist vor allem eine zweifache.

[6]) cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat l. 5 in fine C. V, 1.

[7]) Stobbe a. a. O. IV S. 2.

[8]) Das wird ganz allgemein anerkannt. Vgl. z. B. Endemann a. a. O. I S. 584 f.

[9]) So Kohler, Ideale im Recht, erschienen im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 5 S. 161 ff., zitiert nach einem Sonderabdruck, Berlin 1891 im Heymannschen Verlag, S. 67.

[10]) Sie wird außer von J. Kohler a. a. O. vertreten von: Jacobi a. a. O. S. 19; Bulling a. a. O. S. 68 ff.; F. Kohler a. a. O. S. 2; Cleß,

Die Eheschließung soll hervorgegangen sein aus dem beiderseitigen Wunsche der Heirat und aus der beiderseitigen Überzeugung, daß es verständig sei, sich zur Lebensgemeinschaft zu verbinden. Eine derartige Zuversicht sei zwar bei der Verlobung — abgesehen von den Fällen, wo sie aus schlechten Motiven eingegangen — schon vorhanden, doch gründe sie sich und könne sich zu dieser Zeit, weil die Umstände es nicht anders zuließen, nur auf unsichere Prämissen, auf Gefühle und Wünsche und schwankende Vermutungen gründen. Der intime Verkehr erst untereinander und mit den gegenseitigen Verwandten, den die Sitte den Verlobten gestatte, setze sie in den Stand zu einer Nachprüfung ihres Entschlusses.[11]) Es sei also davon auszugehen, daß der Regel nach die Überzeugung von der Möglichkeit einer dauernden ehelichen Lebensgemeinschaft erst während der als Probezeit zu betrachtenden Dauer der Verlobung zu erlangen ist.[12])

Anderseits beruft man sich zur Begründung dieser Auffassung auf das Recht der persönlichen Freiheit, der Schritt in die Ehe sei so überaus wichtig und bedeutungsvoll, daß kein zwingendes Moment dazwischen treten dürfe, zumal bei unserem modernen Prinzip, wonach die Ehe gar nicht oder nur sehr schwer lösbar sei.[13])

Eine solche Auffassung der Verlobung und des Brautstandes würde freilich zu dem Schluß führen, daß das Verlöbnis Vertragsnatur nicht habe, doch ist sie weder vom Standpunkt unserer Sitte und Volksanschauung noch vom Standpunkt des Gesetzes die richtige. — Diejenigen, die sich verloben, bezeugen damit schon den festen ernst-

---

Staat und Familie im Lichte des künftigen deutschen Bürgerl. Gesetzbuches S. 23. Selbst Planck a. a. O. IV S. 8 sagt: Das Verlöbnis hat in den meisten Fällen den Zweck, den Verlobten Gelegenheit zu geben, sich näher kennen zu lernen, um zu sehen, ob sie als Ehegatten zu einander passen. Freilich heißt es dann bei Planck weiter: In solchem Sinne wird indes das Verlöbnis von der deutschen Sitte nicht aufgefaßt. Auch Cosack a. a. O. II S. 467 spricht davon, daß die bräutliche Lebensgemeinschaft eine Probe dafür abgeben soll, ob die Verlobten für die dereinstige eheliche Lebensgemeinschaft taugen. Vgl. auch die französische Literaturangabe bei Zihlmann a. a. O. S. 21.

[11]) **Bulling** a. a. O. S. 69/70.

[12]) Jacobi a. a. O. S. 19.

[13]) J. **Kohler** a. a. O. S. 67 u. S. 69.

lichen Entschluß, künftig miteinander die Ehe eingehen zu wollen. Wer sich aber zu etwas entschließt, der muß schon auf Grund vorheriger Prüfung die Überzeugung erlangt haben, daß sich die Ausführung des Entschlusses verwirklichen werde. Diese Anforderung müssen wir in erhöhtem Maße an die stellen, die sich entschließen, künftig einander fürs Leben angehören zu wollen. Freilich soll ohne weiteres zugegeben werden, daß es Fälle gibt, in denen die Verlobten erst nach der Verlobung die volle Erkenntnis über die Zuträglichkeit der späteren Ehe erlangen können, doch das sind Ausnahmefälle. Im allgemeinen vielmehr ist die Ansicht durchaus unzutreffend, daß erst der intime Verkehr zwischen den Verlobten eine rechte Nachprüfung des Entschlusses zuließe. Im Gegenteil ist die Verlobungszeit in der Regel hierzu gerade nur wenig geeignet. Ganz abgesehen davon, daß die junge Liebe der Verlobten sich bemühen wird, dem andern Teil weder eigene Fehler zu zeigen noch dessen Fehler zu sehen, so verbietet doch gerade unsere Sitte — ob allerdings mit Recht, das mag dahingestellt bleiben — jedem Verlobten einen näheren, freieren Verkehr mit anderen Männern bezw. Frauen aufs peinlichste, weist die Verlobten vielmehr für die Dauer ihres Verlöbnisses in erster Linie auf sich an und nimmt ihnen so die Möglichkeit zu unbefangener Prüfung der Frage nach der Opportunität ihrer Verbindung durch vergleichende Betrachtung anderer Charaktere und Anschauungen.[14]) Ferner würde diese Auffassung des Wesens und der Bedeutung des Brautstandes es vollständig unverständlich lassen, wie unsere Sitte den Verlobten schon in gewissem Maße Rechte zuteilen kann, die sonst nur Ehegatten zugebilligt werden,[15]) so das stets gemeinsame Auftreten im gesellschaftlichen Leben, der intime Verkehr, in den der eine Verlobte zur Familie des andern tritt und der ihm das Recht gibt, schon jetzt die Eltern des andern Teiles mit dem Namen Vater und Mutter zu rufen. All' diese Rechte würden ihrer inneren Begründung entbehren, wenn nicht schon durch die Verlobung eine sichere Bürgschaft für die künftige Eheschließung gegeben sein sollte,

[14]) So Dittenberger a. a. O. S. 202.

[15]) Dieses Moment führen hier auch an Dittenberger a. a. O. S. 29 u. S. 47; Nathan a. a. O. S. 4.

schon jetzt eine Treupflicht die Verlobten umspannte, der sie sich nicht ohne zwingenden Grund entledigen dürfen. Eine solche kann aber bei dieser Auffassung nicht schon durch die Verlobung begründet werden. J. Kohler[16]) sagt so ganz folgerichtig: „Eine Rechtspflicht oder Treupflicht in dem Sinne, daß der Verlobte beim Verlöbnis in thesi verharren solle, besteht nicht; sie wäre mit dem Gedanken einer Prüfungs- und Erprobungszeit im Widerspruch." Wenn Jacobi[17]) und F. Kohler[18]) trotzdem von einer Treupflicht sprechen, so zeigt das nur, daß sie selbst vor den Konsequenzen ihrer Theorie zurückschrecken. Ist das Verlöbnis eine Probezeit, so kann niemand ein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er zurücktritt, denn er hat dann eben nicht die Überzeugung von der Opportunität einer ehelichen Verbindung erlangt und zur Anstellung dieser Prüfung war ja gerade das Verlöbnis eingegangen.[19]) Und so gerät auch diese Auffassung in Widerspruch mit den Bestimmungen des Gesetzes. Die §§ 1298 f. B. G. B. statuieren eine Schadensersatzpflicht bei Verlöbnisbruch. Eine solche kann aber nach dieser Anschauung unter keinen Umständen gerechtfertigt erscheinen, selbst nicht aus Billigkeitsrücksichten, denn wer im Brautstande Aufwendungen gemacht hatte, der mußte wissen, daß es eine Probezeit ist, die so oder anders ausfallen kann.[20]) [21])

III. Schließlich wird gegen die Vertragstheorie im allgemeinen noch angeführt, daß ihre Annahme zu praktisch unhaltbaren Konsequenzen führen würde.[22]) In der Tat ist, wie bereits im § 4 dieser Arbeit mehrfach angedeutet, nicht zu leugnen, daß die An-

---

[16]) a. a. O. S. 69 Anm. 71.

[17]) a. a. O. S. 19 Anm. 16 a.

[18]) a. a. O. S. 2.

[19]) So sagt Bulling a. a. O. S. 70/71: Die Eingehung eines Verlöbnisses kann, weil unbedacht, moralisch zu mißbilligen sein, die Auflösung dagegen niemals.

[20]) So J. Kohler a. a. O. S. 68/69.

[21]) Im Ergebnis stimmen mit dem Text überein: Endemann a. a. O. II S. 601 Anm. 12; Planck a. a. O. IV S. 8; Dittenberger a. a. O. S. 28/29; Nathan a. a. O. S. 2 f.; Mumm a. a. O. S. 161; Opet a. a. O. S. 6; Cramer a. a. O. S. 11/12; Glaser a. a. O. S. 3 Anm. 10.

[22]) So vor allem von Hellmann a. a. O. S. 218 und Nathan a. a. O. S. 75—78, S. 86/87.

wendung einiger Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf das Verlöbnis unter Umständen zu gewissen Härten und mißlichen Folgerungen führen kann, die man auch nicht dadurch zu umgehen vermag, daß man die betreffenden Vorschriften auf das Verlöbnis für nicht anwendbar erklärt. So vertragen sich die Anfechtungs- und die Rücktrittslehre schlecht nebeneinander und steht sich jemand, der das Verlöbnis lösen will, bald besser, wenn er anficht, bald wenn er es bestätigt und zurücktritt.[23]) [24]) Vor allem aber ist es ein Punkt, der hier, seitdem Hellmann a. a. O. S. 218 auf ihn aufmerksam gemacht hat, immer wieder gegen die Vertragsnatur des Verlöbnisses angeführt wird, nämlich daß bei dieser Auffassung einem Mädchen von 20 Jahren, dem sein gesetzlicher Vertreter die Zustimmung zum Verlöbnis verweigert hat, falls es von seinem Verlobten grundlos verlassen wird, ein Ersatzanspruch nach § 1298 B. G. B. nicht zu gewähren ist, wogegen dieser Anspruch dem 21 jährigen Mädchen zustände.[25]) Dieses Ergebnis findet Hellmann so unsinnig, daß er ausruft: „Man sollte glauben, es hätte nur eines Augenblickes der Überlegung bedurft, um die Vertreter der herrschenden Ansicht (Vertragstheorie) von der Unhaltbarkeit des Ausgangspunktes zu überzeugen, der zu solchen Folgerungen führt", und weiter: „Eine solche Theorie muß falsch sein. Das läßt sich behaupten, ohne daß man eine weitere Untersuchung anzustellen braucht." Das heißt zweifellos viel zu weit gegangen. Es kann nicht zugegeben werden, daß dieses Ergebnis so unannehmbar wäre, daß sich aus ihm die Unhaltbarkeit der Vertragsnatur des Verlöbnisses ergäbe,[26]) wenn auch gewiß im Einzelfalle die Anhänger der Vertragstheorie an dieser Konsequenz ihrer Theorie nicht ihre Freude haben werden. Das Gesetz geht einmal

---

[23]) Vgl. oben § 4 unter III und Nathan a. a. O. S. 78 u. S. 86/87.

[24]) Wollte man einen einheitlichen Verlöbnisbegriff für alle Rechtsgebiete annehmen, so würden sich allerdings vom Standpunkt der Vertragstheorie für die öffentlich rechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses oft recht mißliche Konsequenzen ergeben, aber, wie oben im § 4 vor III eingehend dargetan, zwingt nichts zur Annahme eines einheitlichen Verlöbnisbegriffes für alle Rechtsgebiete.

[25]) Vgl. auch Nathan a. a. O. S. 76/77.

[26]) So mit Recht Planck a. a. O. IV S. 16.

bei seiner allgemeinen Regelung mit gutem Grunde davon aus, daß die nicht lediglich lukrativen Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen. Diese Vorschrift soll in erster Linie dem Interesse des Minderjährigen dienen. Sie wird auch, auf das Verlöbnis angewendet, in vielen Fällen ihr Gutes haben, wie schon das bei Glaser a. a. O. S. 51 angeführte Beispiel lehrt. Wenn sie nun auch in ihrer Anwendung auf das Verlöbnis in einzelnen Fällen gerade das Gegenteil ihres Zweckes erreichen wird, so darf man doch daraus allein noch nicht voreilige Schlüsse ziehen. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, daß die so konstruierten „Fälle" in solch' krasser Form nicht gar zu oft den Boden der Wirklichkeit betreten werden, zumal eben schon im allgemeinen der gesetzliche Vertreter das vom Gesetz ihm dadurch bewiesene Vertrauen, daß die Frage der Gültigkeit der von einem Minderjährigen abgeschlossenen, nicht lediglich lukrativen Rechtsgeschäfte in seine Hand gelegt ist, rechtfertigen und, wo nötig, seine Genehmigung nicht verweigern wird; außerdem mag es noch manche Rechtssätze geben, die in ihre äußersten Konsequenzen verfolgt zu nicht minder mißlichen Ergebnissen führen können, ohne daß man in der Lage ist, deshalb an ihrer richtigen rechtlichen Auslegung zu zweifeln.

§ 7.

Kritik einzelner Ausführungen wider die Tatsächlichkeitstheorie.

Wie bereits zu Eingang des vorigen Paragraphen hervorgehoben, liegt es in der Natur der Sache, daß die von seiten der Anhänger der Vertragstheorie gegen die Tatsächlichkeitstheorie vorgebrachten Einwendungen weit zahlreicher sind als die von seiten der Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie gegen die Vertragstheorie vorgebrachten. Auf jene soll im folgenden im einzelnen eingegangen werden.

I. Der am nächsten liegende und deshalb auch besonders bei Beginn des Streites über die Rechtsnatur des Verlöbnisses vielfach gegen die Tatsächlichkeitstheorie verwertete Gesichtspunkt ist der, daß das bisherige Recht mit wenigen Ausnahmen in dem Verlöbnis ein Rechtsgeschäft, einen Vertrag gesehen

hat. Der Zusammenhang mit dem bisherigen Recht spräche für die Vertragstheorie.[1]) Dieser Einwand ist insofern richtig, als man nicht nach dem Satze handeln soll: ein neues Gesetzbuch — eine neue Theorie.[2]) Es liegt kein Grund vor, ohne Not von der althergebrachten Theorie abzugehen. Anderseits darf man aber den Wert dieses historischen Zusammenhanges auch nicht überschätzen und etwa mit Opet[3]) einfach sagen: „Wenn das bisherige Recht das Verlöbnis seiner Rechtsfolgen wegen mit Rechtscharakter bekleidet hat, fehlt jede Veranlassung, ihm unter der Herrschaft des B. G. B., unter der es doch ebenfalls Rechtsfolgen entfaltet, diesen Charakter abzusprechen." Weil an das Verlöbnis Rechtsfolgen geknüpft sind, ist es, wie unten unter IV noch gezeigt werden soll, noch lange kein Rechtsgeschäft, auch an reine Tatsachen knüpft das Gesetz in unzähligen Fällen Rechtsfolgen. Es kommt eben auf die Art dieser Rechtsfolgen an und auf die Regelung insgesamt an, die das Verlöbnis im B. G. B. gefunden hat. Nun ist freilich richtig, daß die Rechtsfolgen, die das B. G. B. an das Verlöbnis knüpft, sich nicht allzu wesentlich von denen unterscheiden, die manche bisherigen Rechte an das Verlöbnis knüpften. Bisher aber war in solchen Fällen ein Streit über die Rechtsnatur des Verlöbnisses ausgeschlossen, weil in den Gesetzen selbst das Verlöbnis als Vertrag definiert war. Das ist jetzt anders und mit diesem Augenblick hat auch der Streit der Theorieen eingesetzt,[4]) ich brauche nur an die heftigen Kämpfe über den prinzipiellen Charakter des Verlöbnisses zu erinnern, die dem Gesetzwerden des § 1297 B. G. B. vorausgingen. Zeigt sich im Laufe der Arbeit, daß eine Vertragstheorie der positiven

[1]) So v. Scheurl, Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 388; Scherer a. a. O. S. 3; Opet a. a. O. S. 6/7; Staudinger a. a. O. IV S. 5; Zihlmann a. a. O. S. 145.

[2]) Das hebt Glaser a. a. O. S. 33 insofern zutreffend hervor.

[3]) a. a. O. S. 6/7. Ebenso stichhaltig ist die Argumentation Scherers: Das Verlöbnis ist ein Vertrag, hierfür spricht das frühere Recht. Was soll es auch anders sein?

[4]) Das übersieht Glaser bei seinen Ausführungen a. a. O. S. 33/34 vollständig.

Regelung des Verlöbnisinstitutes im B. G. B. nicht gerecht wird, so kann diese Theorie Annahme nicht deshalb erheischen, weil frühere Rechte trotz ähnlicher Regelung des Verlöbnisinstitutes an dessen Vertragsnatur festgehalten haben.

II. Des weiteren nimmt die Vertragstheorie — wenigstens ein großer Teil ihrer Anhänger[5]) — das allgemeine Rechtsbewußtsein und die in unserem Volke lebende Anschauung für sich in Anspruch. Die Richtigkeit dieser Behauptung zugegeben muß doch hervorgehoben werden, daß sie ein zwingendes Argument gegen die Tatsächlichkeitstheorie nicht abgeben kann. Freilich soll es die Aufgabe eines jeden Gesetzgebers sein, das positive Recht möglichst in Einklang zu bringen mit dem, was auch das Volk für Recht und Unrecht ansieht; aber wenn nun einmal das Rechtsbewußtsein des Volkes im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, so sind wir nicht berechtigt, zugunsten des Rechtsbewußtseins der gesetzlichen Bestimmung eine falsche Auslegung zu geben,[6]) haben vielmehr darauf hinzuwirken, daß der Geist des Gesetzes auch im Volke Boden gewinne.

Was nun die Behauptung selbst, das Rechtsbewußtsein unseres Volkes sehe im Verlöbnis einen Vertrag, anbetrifft, so darf die Unrichtigkeit derselben jedenfalls nicht daraus gefolgert werden, daß die Rechtsentwicklung unverkennbar die Tendenz zeigt, das Verlöbnis mit schwächeren rechtlichen Wirkungen zu versehen. Denn dieses Bestreben ist lediglich die natürliche Folge der als richtig erkannten Anschauung, daß die Freiheit der Willensbestimmung bei der Eheschließung nach Möglichkeit gewährleistet werden müsse.[7]) Hierzu bedurfte es allerdings einer Einschränkung der rechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses als eines Rechtsgeschäfts, eines weiteren, insbesondere aber eines Aufgebens der Vertragsnatur des Verlöbnisses durchaus nicht.[8]) Sonach wird man im allgemeinen

[5]) Vor allem Gierke, Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht S. 395; Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines B. G. B., im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 56; Endemann a. a. O. II S. 599, insbesondere Anm. 6; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 6; Dittenberger a. a. O. S. 202 am Ende.

[6]) Dies bemerkt auch Hellmann a. a. O. S. 219.

[7]) Vgl. Planck a. a. O. IV S. 8.

[8]) Das hebt Dittenberger a. a. O. S. 44 gleichfalls hervor.

wohl auch noch heute sagen können, daß nach der deutschen Sitte das Verlöbnis zur Eheschließung verpflichtet.[9]) Jedoch bedarf in dieser Beziehung m. E. folgender Punkt noch der Beachtung. Wohl zweifellos ist es, daß mit wenigen Ausnahmen[10]) unser Volk es für ein Unrecht hält, das Verlöbnis ohne wichtigen Grund zu brechen oder dem anderen Verlobten gegründeten Anlaß zum Rücktritt zu bieten und so es nur für Recht hält, daß man den gekränkten Teil nicht auch noch den pekuniären Schaden seiner Enttäuschung tragen lassen dürfe, doch deckt sich diese Anschauung durchaus nicht notwendig mit der anderen, daß aus dem Verlöbnis ein Recht auf bezw. eine rechtliche, rechtsgeschäftliche Pflicht zur Eingehung der Ehe entspringe, daß eben das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft sei. Der beste Beweis für das eben Gesagte ist die bereits an anderer Stelle erwähnte Entgegnung der Mehrheit der Reichstagskommission auf einen Antrag, wenigstens eine des Klagerechts entbehrende rechtliche Verpflichtung zur Eheschließung zu statuieren:[11]) „Es sei selbstredend, daß ein frivoler Bruch des Verlöbnisses unmoralisch sei, aber soweit zu gehen, die Verpflichtung, ein Verlöbnis auszuführen, zu einer wenn auch nicht klagbaren Rechtsverpflichtung zu machen, liege kein Grund vor." Und die das sagten, waren doch auch Vertreter unseres Volkes!

III. Mit dem eben Ausgeführten in engem Zusammenhang steht die weitere von seiten der Vertragstheorie gegen die Tatsächlichkeitstheorie aufgestellte Behauptung, daß diese Volksanschauung von der rechtlich bindenden Kraft des Verlöbnisses auch in der Stellungnahme des B. G. B. zum Ausdruck gekommen sei.[12]) Man beruft sich auf die §§ 1298 f. B. G. B.[13]) Hier ist eine Verpflichtung zum Schadensersatz statuiert für den, der grundlos vom

---

[9]) So Planck a. a. O. IV S. 8.

[10]) So die konsequenten Anhänger der Auffassung des Brautstandes als einer Probezeit; oben § 6 unter II, insbesondere Anm. 16, 19, 20.

[11]) Bericht der Reichstagskommission Bd. IV S. 2; bei Mugdan a. a. O. IV S. 1187.

[12]) Endemann a. a. O. II S. 599 Anm. 7.

[13]) Auch aus der Bestimmung des § 1297 B. G. B. wird mittelbar die Unrichtigkeit der Tatsächlichkeitstheorie abzuleiten versucht. Darüber unten unter VII.

Verlöbnis zurücktritt oder durch eigne Schuld den Rücktritt des andern veranlaßt. Eine solche Schadensersatzpflicht kann nur aus dem Bruch einer Rechtspflicht herrühren. Woher anders als aus dem Bruch einer Rechtspflicht soll denn die Verpflichtung zum Schadensersatz stammen?[14]) Die Verlobtenpflichten sind mithin Rechtspflichten, das Verlöbnis mithin ein Rechtsgeschäft.[15]) So lautet die, seit Gierke und Hinschius sich hierauf berufen haben, vielfach verwertete Beweisführung. Doch sie ist in keiner Weise stichhaltig, geht vielmehr in doppelter Beziehung fehl. — Zunächst einmal die Richtigkeit des Obersatzes, daß, wo das Gesetz eine Schadensersatzpflicht statuiert, es sich notwendig um Verletzung einer Rechtspflicht handeln müsse, zugegeben, so ist doch die daraus gezogene Schlußfolgerung, daß deshalb das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft sein müsse, durchaus nicht zwingend und logisch. Denn daß Verletzung einer Rechtspflicht nicht notwendig identisch sein muß mit Verletzung einer rechtsgeschäftlichen, auf Vertrag beruhenden Pflicht, dürfte doch klar sein.[16]) Oder verletzt etwa der nicht eine Rechtspflicht, der in widerrechtlicher Weise in ein nach § 823 Abs. 1 B. G. B. geschütztes Lebensgut eingreift oder der einem Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 B. G. B. zuwiderhandelt, wobei der verletzten Rechtspflicht nicht etwa ein subjektives Recht des Geschützten zu entsprechen braucht.[17]) Und weiter ist auch der Obersatz nicht durchaus richtig, daß, weil hier eine Verpflichtung zum Schadensersatz statuiert ist, es sich auch notwendig um Verletzung einer Rechtspflicht handeln müsse. Durchaus nicht jede Schadensersatzpflicht nach B. G. B. hat zur Unterlage die Verletzung einer Rechtspflicht, mag sie in Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht oder in einer unerlaubten Handlung bestehen. Fälle dieser Art sind nicht so selten im B. G. B. Ich erinnere nur an die §§ 228 Satz 2, 904, 962, vielleicht auch 867, 1005 B. G. B. Auch die

[14]) So Gierke a. a. O. S. 396.

[15]) So argumentieren außer Endemann und Gierke noch: Hinschius a. a. O. S. 57, Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 6; Staudinger a. a. O. IV S. 14 vor 2, S. 10 unter IVb; Cosack a. a. O. II S. 467.

[16]) Darum bezeichnet Hellmann a. a. O. S. 219 diese Schlußfolgerung mit Recht als eine petitio principii.

[17]) Vgl. Hellmann a. a. O. S. 219, Nathan a. a. O. S. 48 Anm. 2.

Notwegsrente, sowie die Entschädigungspflicht bei der Enteignung lassen sich hier anführen.[18])

Gegen eine derartige Beweisführung kann also die Tatsächlichkeitstheorie mit gutem Grunde Widerspruch einlegen. Die Vertragstheorie hat nachzuweisen, daß es sich bei den §§ 1298 f. B. G. B. um Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten handelt, weil das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft ist, nicht aber umgekehrt aus der durch nichts bewiesenen Annahme, daß es sich bei der Schadensersatzpflicht aus §§ 1298 f. B. G. B. nur um Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten handeln könne, zu folgern, daß das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft sei.

IV. Ein weiterer immer wieder gegen die Tatsächlichkeitstheorie vorgebrachter Einwand, dem bald mehr bald weniger Bedeutung beigemessen wird, ist folgender: Das Recht ignoriere die Liebschaft, das Verhältnis der Verlobten dagegen ziehe es in Berücksichtigung.[19]) Während einige Schriftsteller[20]) hierdurch ohne weiteres die Rechtsgeschäftsnatur des Verlöbnisses als bewiesen ansehen, meinen andere,[21]) wenigstens aus der verschiedenen rechtlichen Behandlung beider Verhältnisse auf einen verschiedenen rechtlichen Charakter derselben schließen zu dürfen.[22]) Zunächst ist klar, daß ein zwingendes Argument aus dieser Rücksichtnahme des Rechtes auf das Verlobtenverhältnis gegen die Tatsächlichkeitstheorie nicht hergeleitet werden

[18]) Ich verweise in dieser Beziehung auf die m. E. durchaus zutreffenden Ausführungen bei Endemann a. a. O. I S. 429 f., insbesondere Anm. 23.

[19]) Die hier hauptsächlich in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen sind folgende: Str. G. B. §§ 52, 54, 213, 232 Abs. 2, 247, 257 Abs. 2, 263 Abs. 4, 292, 303. Str. Pr. O. §§ 51 Abs. 1 Zif. 1, 54, 57, 76. Z. P. O. §§ 383 Abs. 1 Zif. 1, 393 Abs. 1 Zif. 3, 408. B. G. B. §§ 1297 f., 2077 Abs. 2, 2275 Abs. 3, 2276 Abs. 2, 2279 Abs. 2, 2290 Abs. 3 S. 2, 2347 Abs. 1, 2351, 2352.

[20]) Cramer a. a. O. S. 7; Staudinger a. a. O. IV S. 6 vor III; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. III S. 12.

[21]) Stutz a. a. O. S. 22 f.; v. Scheurl a. a. O. im Archiv für zivilist. Praxis Band 74 S. 389 in fine.

[22]) Freilich kommt dieser Gedanke bei Stutz kaum recht klar zum Ausdruck. S. 27 führt er als Resultat seiner Untersuchung nur an, daß das Verlöbnis im Unterschied von Freundschafts- oder Liebschaftsverhältnis für das Recht von Bedeutung ist, eine wohl nie bestrittene Tatsache.

kann. Denn das Gesetz knüpft an reine Tatsachen und rein tatsächliche Verhältnisse und Zustände in unzähligen Fällen Rechtsfolgen, ohne hierdurch den rein tatsächlichen Tatbestand zu einem rechtlichen, zu einem Rechtsverhältnis zu erheben. Ich erinnere nur an Geburt und Tod, Frist und Zeitablauf, Veränderung eines Flußbettes, Überfall einer Frucht, ferner die unerlaubte Handlung, die tatsächliche Innehabung einer Sache, das Verhältnis zwischen Geistlichen, Lehrern, Erziehern zu ihren Zöglingen, zwischen Ärzten zu ihren Patienten, Beamten und Gefangenen und so fort. Aber ich gehe noch weiter und verneine auch die Berechtigung, aus der verschiedenen Behandlung von Liebschaft und Verlöbnis durch das Recht auch nur irgendwie einen Schluß für einen verschiedenen rechtlichen Charakter beider Verhältnisse ziehen zu dürfen. Denn die hauptsächlichen Vorzüge, die den Verlobten kraft gesetzlicher Bestimmung vor anderen Personen gewährt sind, teilen sie mit Personen, deren Verhältnis zueinander ebenfalls kein Rechtsverhältnis ist oder die diese Vorzüge jedenfalls nicht um deswillen genießen, weil sie miteinander in privatrechtlichen Beziehungen stehen. So sind nicht nur Verlobte, sondern auch Geistliche, Rechtsanwälte[23]) und Ärzte berechtigt, ihr Zeugnis zu verweigern. Wenn Stutz darauf hinweist, daß deren Zeugnisverweigerungsrecht aber i. G. zu dem der Verlobten, der Ehegatten und Verwandten nur relativ, nicht absolut sei, so hat doch dieser

[23]) Allerdings steht nach heutigem Recht der Rechtsanwalt — das Gleiche gilt bezüglich des Arztes — mit seinem Klienten in einem Rechtsverhältnis, nämlich in einem besonders gearteten Dienstvertragsverhältnis. Vgl. Endemann a. a. O. I S. 1088 Anm. 2. Aber es bedarf kaum der Hervorhebung, daß sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht um dieser privatrechtl. Beziehungen willen gegeben ist (so auch Stutz a. a. O. S. 23), wie schon die ganze Fassung des § 383 Zif. 5 Z. P. O. und ein Blick auf die Personen lehren, die nach § 383 Zif. 4 u. 5 gleichfalls ihr Zeugnis verweigern können und die gewiß zum großen Teil überhaupt in keinerlei privatrechtl. Beziehungen mit den Parteien stehen. Überdies bleibt das Zeugnisverweigerungsrecht des Anwaltes auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit seinem Klienten bestehen, ja wird wohl in den meisten Fällen dann erst praktisch, also zu einer Zeit, wo zwischen dem Anwalt und seinem früheren Klienten überhaupt keine privatrechtlichen Beziehungen mehr bestehen.

Unterschied seinen Grund ganz offenbar nur darin, daß die Genannten zu den Personen, bezüglich derer sie ihr Zeugnis verweigern können, nur in gewissen Beziehungen in einem Vertrauensverhältnis stehen, während die Verlobten in allen Beziehungen ein Vertrauensband begründet auf die schon jetzt bestehende allgemeine Interessengemeinschaft umschlingt, nicht aber darin, daß das Vertrauensverhältnis der einen nur ein tatsächliches, der anderen dagegen ein rechtliches sei. Ferner zählen zu den Angehörigen des § 52 Abs. 2 Str. G. B. außer den Verlobten, Verwandten und Verschwägerten auch Pflege-Eltern und -Kinder, deren Verhältnis zu einander auch nur als ein rein tatsächliches aufzufassen ist.[24]) Also auch die den Verlobten als „Angehörigen" im Str. G. B. gewährten Vorzüge (Strafausschließungsgrund, Antragsdelikte) beruhen nicht darauf, daß es sich hier um rechtliche Verhältnisse handele, sondern auf die durch die nahen natürlichen Beziehungen begründete Möglichkeit von Kollisionen von Rechtspflichten mit natürlichen Pflichten und auf die Erkenntnis, daß das unbedingte Strafverfolgungsrecht des Staates bei gewissen Delikten zurücktreten müsse gegenüber den durch die nahen Beziehungen zwischen Täter und Verletzten gebotenen Rücksichten.[25]) Und so kann ich auch Friedberg nicht Recht geben, wenn er a. a. O. S. 468 sagt, die Tatsächlichkeitstheorie verwische die Grenzlinien zwischen Liebschaft und Verlöbnis, während doch das Recht dem letzteren bestimmte Wirkungen beilege, dem ersteren versage. Denn die verschiedene rechtliche Behandlung beider beruht nicht auf rechtlichen Grenzlinien, nicht darauf, daß das eine ein Rechtsverhältnis, das andere nur ein tatsächliches Verhältnis sei, sondern allein auf dem naturgemäßen Bestreben des Rechts, auf die Satzungen der Sitte Rücksicht zu nehmen, sodaß es ein Verhältnis von der sittlichen Bedeutung des Verlöbnisses nicht ignorieren kann, während es dies hinsichtlich der Liebschaft recht wohl tun kann, weil auch die Sitte dieses Verhältnis kaum beachtet.[26])

---

[24]) Entschdgn. des R. G. in Strafsachen Bd. 28 S. 230.

[25]) Entschdgn. des R. G. in Strafsachen Bd. 10 S. 118.

[26]) Im Ergebnis übereinstimmend Glaser a. a. O. S. 52,53, der auch S. 53 den weiteren Einwand Stutz's gegen die Tatsächlichkeitstheorie, die Eigenschaft des Verlöbnisses als „notwendige, unumgängliche Voraussetzung

V. Auch gegen die Tatsächlichkeitstheorie sind ihre angeblich praktisch unhaltbaren Konsequenzen ins Feld geführt worden.[27]) Wie schon aus den Ausführungen im § 4 dieser Arbeit hervorgeht, beruhen jedoch diese Anführungen fast durchweg auf der falschen Anschauung über die Frage, wann nach der Tatsächlichkeitstheorie ein gültiges Verlöbnis vorliegt, und entfallen ohne weiteres als durchaus unbegründet bei richtiger Beurteilung dieser Frage. Auch nach der Tatsächlichkeitstheorie sind Verlöbnisse Geschäftsunfähiger, Geisteskranker, Bewußtloser, Scherz- und Scheinverlöbnisse, gesetzwidrige und unsittliche Verlöbnisse nicht gültig. Die Tatsächlichkeitstheorie ist recht wohl in der Lage, wie dargetan, gewisse Vorschriften über Rechtsgeschäfte auch bei ihrer Betrachtungsweise in Anwendung zu bringen. Jedoch ist nach ihr „der Richter nicht absolut an die allgemeinen Grundsätze über die Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften gebunden; er hat freie Hand und braucht nicht Konsequenzen zu ziehen, die nach dem gesunden Menschenverstand offenbar unvernünftig oder unbillig sind."[28])

Hiermit hängt ein weiterer Vorwurf gegen die Tatsächlichkeitstheorie zusammen, der von Cramer[29]) ausgeht: Die Tatsächlichkeitstheorie würde, da eben der Richter in erster Linie nach seinem Ermessen und seinem Taktgefühle zu entscheiden habe, ob im Sinne unserer Sitten und konventionellen Anschauungen ein gültiges Verlöbnis vorliege, eine grenzenlose Unsicherheit schaffen und die widersprechendsten Urteile wären unausbleiblich. Diese Gefahr liegt m. E. nicht vor. In der Hauptsache decken sich ja unsere Sitten und konventionellen Anschauungen mit den Vorschriften über die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften, auch ist die Tatsächlichkeitstheorie berechtigt, diese, soweit zweckdienlich, analog anzuwenden. Im übrigen muß doch darauf hingewiesen werden, daß schon früher der Richter aus eigenem Antrieb auf den Gebieten

---

der Eheschließung" — Stutz a. a. O. S. 24 f. — als nichts beweisend zurückweist. Auf diese angebliche Eigenschaft des Verlöbnisses wird später im § 9 unter III b nochmals zurückzukommen sein.

[27]) So insbesondere von Dittenberger a. a. O. S. 94/95 S. 147 ff.; vgl. auch Glaser a. a. O. S. 51 u. S. 58/59.

[28]) Nathan a. a. O. S. 84/85.

[29]) a. a. O. S. 15.

des öffentlichen Rechts das Vorliegen eines gültigen Verlöbnisses festgestellt hat lediglich nach den jetzt auch für die Tatsächlichkeitstheorie maßgebenden Faktoren, nach unserer Sitte und den Anschauungen unseres Volkes. Unzuträglichkeiten haben sich dabei, soweit ich sehen kann, nicht ergeben.

VI. Ein Einwand Plancks[30]) (Unzners) bedarf hier noch der Erwähnung, da er, wenn richtig, in der Tat nicht unwesentlich gegen die Tatsächlichkeitstheorie ins Gewicht fallen würde: Die Absicht des Gesetzes gehe offenbar nicht dahin, die rechtlichen Wirkungen eines Verlöbnisses zu erhöhen, vielmehr dahin, diese abzuschwächen. Es würde doch höchst auffallend sein, wenn das Gesetz, um diesen Zweck zu erreichen, zunächst die Erfordernisse eines Verlöbnisses gegenüber den allgemeinen Grundsätzen abschwäche, dann aber die Konsequenzen dieser Erfordernisse mittelbar dadurch wieder zu erreichen suche, daß es den Mangel jener Erfordernisse als einen wichtigen Grund für den Rücktritt betrachte. Die Ansicht Unzners geht jedoch in zweifacher Weise fehl. Einmal geht sie von der wiederholt als durchaus falsch bezeichneten Voraussetzung aus, daß vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie jedes tatsächliche Eheversprechen, ohne Rücksicht darauf, ob es nach den allgemeinen Grundsätzen gültig sein würde, ein gültiges Verlöbnis sei. Hieraus ergibt sich schon, daß weitaus in den meisten Fällen, die Unzner hier im Auge hat, es auch nach der Tatsächlichkeitstheorie eines Rücktritts nicht bedarf, da eben auch nach ihr ein gültiges Verlöbnis nicht vorlag. Weiter aber ist auch die andere, obiger Deduktion zugrunde liegende Anschauung, daß in den Unwirksamkeitsgründen der Vertragstheorie, soweit sie für die Tatsächlichkeitstheorie nicht auch schon solche sind, stets ein wichtiger Rücktrittsgrund erblickt werden müßte,[31]) ebenso falsch. Ein Hinweis auf den weitaus wichtigsten hier noch in Betracht kommenden Fall zeigt dies zur Genüge. Das Verlöbnis eines Minderjährigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ist nach der Vertragstheorie

---

[30]) a. a. O. IV S. 9.

[31]) Diese Anschauung wird außer von Unzner noch vertreten von: Dittenberger a. a. O. S. 146 ff.; Schmidt u. Habicht S. 8 Zif. 3; Opet a. a. O. S. 9 Zif. 6.

ungültig, nach der Tatsächlichkeitstheorie dagegen unter Umständen recht wohl gültig, wenn freilich auch gerade in dieser Hinsicht sich die Tatsächlichkeitstheorie nicht auf eine bestimmte rechtliche Grundlage stützen kann. (Vgl. oben § 4 bei Anm. 41.) Nicht zutreffend ist aber, daß nach der Tatsächlichkeitstheorie dieser Mangel der Zustimmung stets einen wichtigen Rücktrittsgrund bilde.[32]) Das hat Hellmann a. a. O. S. 219 bereits m. E. zutreffend widerlegt.

VII. Schließlich ist an dieser Stelle noch einzugehen auf einen ganz neuerdings erhobenen, eingehend begründeten Versuch, aus der Bestimmung des § 1297 B. G. B. und seiner Fassung im Verhältnis zu § 1227 des ersten Entwurfs die Unrichtigkeit der Tatsächlichkeitstheorie nachzuweisen. Er stammt von Glaser.[33]) Dieser zieht zu seiner Beweisführung die §§ 762 und 656 B. G. B. heran und sagt: Nach der herrschenden Anschauung, die auch von den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie geteilt werde, begründeten die in diesen beiden Paragraphen genannten Verträge unvollkommene Verbindlichkeiten.[34]) Diese Ansicht sei mit der Tatsächlichkeitstheorie puncto Verlöbnis, zumal mit Rücksicht auf die Fassung des jetzigen § 1297 B. G. B. im ersten Entwurf,[35]) unvereinbar, aber auch falsch. Denn mit den Worten: „Eine Verbindlichkeit werde nicht begründet" wolle das Gesetz jenen Tatbeständen die Eigenschaft rechtlicher Tatbestände absprechen. Das Gleiche gelte aber nicht für den bloßen Klagausschluß, klaglos sei nicht gleich unverbindlich. § 1297 enthalte also eine sachliche Änderung des § 1227 Entwurf I, eine Abkehr von der Tatsächlichkeitstheorie zur Vertragstheorie. Dies beweise auch Abs. 2 des § 1297.

Im folgenden soll auf diese Ausführungen und ihre Begründung im einzelnen eingegangen werden. Zunächst die Behauptung, wer

---

[32]) So falsch z. B. Dittenberger a. a. O. S. 91 Zif. 6; richtig Glaser a. a. O. S. 51 Anm. 2 und S. 57.

[33]) a. a. O. S. 33 bis S. 49.

[34]) Die Literaturangaben bei Glaser a. a. O. S. 36 Anm. 12 und 13 zeigen, daß diese Anschauung ganz allgemein mit alleiniger Ausnahme von Hellwig und Cosack vertreten wird.

[35]) § 1227 Entwurf I lautete: Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet.

Spiel und Wette[36]) als (unvollkommene) Verbindlichkeiten ansehe, müsse dies notwendig auch beim Verlöbnis tun. Spiel und Wette sind nach der herrschenden Ansicht natürliche oder unvollkommene Verbindlichkeiten, weil sie, wenn auch nicht erzwingbar, nicht klagbar, doch mit der Folge erfüllbar sind, daß eine Rückforderung der geschehenen Leistung ausgeschlossen ist.[37]) Nun fragt Glaser: „Ist etwa das Verlöbnisversprechen nicht erfüllbar? Oder kann denn die Auflösung der Ehe verlangt werden mit Berufung darauf, daß eine Verbindlichkeit zur Eheschließung nicht bestanden habe? Und kann die Ehe nicht gerade aus denselben Gründen angefochten werden, aus denen auch die Rückzahlung der getilgten Spielschuld und Ehemäklerschuld begehrt werden darf, wegen Geschäftsunfähigkeit nämlich und wegen Irrtums und Betrugs?" Glaser übersieht bei Stellung dieser Fragen ganz offenbar den großen Unterschied, der trotz der scheinbaren Gleichheit der äußeren Behandlung zwischen der Eheschließung und dem Verlöbnis einerseits und der Zahlung der Spielschuld und dem Versprechen einer Zahlung bei Spielverlust anderseits besteht und der deshalb noch niemand den Satz hat aufstellen lassen, daß das, was dem klaglosen Versprechen einer Zahlung bei Spielverlust recht sei, auch dem klaglosen Eheversprechen billig sein müßte. Ich will hier ganz von der inneren Verschiedenheit beider Fälle absehen, ganz absehen davon, daß auch die Tatsächlichkeitstheorie es gewiß nicht nötig haben würde, ein Verlöbnis ein „Eheversprechen" zu nennen, da sie ja vor allem in der Lage ist, durch keine Konstruktionsbedenken beeinflußt, das Verlöbnis so zu definieren, wie es sich allein mit dem wahren Willen der Nupturienten und ihren dabei ausdrücklich abgegebenen Erklärungen deckt,[38]) und nur folgendes hervorheben: Wäre das Versprechen

[36]) Was hier und im folgenden von Spiel und Wette gesagt wird, gilt natürlich ebenso für das Versprechen eines Ehemäklerlohnes.

[37]) So oder ähnlich heißt die ganz allgemeine Begründung. Vgl. z. B. Dernburg a. a. O. II S. 9.

[38]) Glaser a. a. O. S. 37 Anm. 17 lehnt die Berechtigung seiner eben oben erwähnten Fragen aus diesem Grunde für die Theorie des familienrechtlichen Vertrages ab, scheint aber der Meinung zu sein, daß die Tatsächlichkeitstheorie notwendig das Verlöbnis als Eheversprechen definieren müsse.

einer Zahlung bei Spielverlust ein nudum factum, so unterläge nach allgemeinen Grundsätzen, da keine Verbindlichkeit zur Zahlung der Spielschuld bestände, diese Zahlung der condictio, der Zurückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung; dies ist aber nicht der Fall, vielmehr schließt das Gesetz ausdrücklich die Rückforderung der geschehenen Leistung aus. Ob aus dieser Bestimmung der Schluß gerechtfertigt ist, daß durch Spiel eine natürliche Verbindlichkeit begründet werde, mag vorerst dahingestellt bleiben, jedenfalls wird man zugeben müssen, daß aus diesem Ausschluß des Rückforderungsrechtes der gezahlten Spielschuld sich Schlüsse ziehen lassen über die rechtliche Natur des Versprechens einer Zahlung bei Spielverlust. Wäre das Verlöbnis, das Eheversprechen, ein nudum factum, so würde allerdings aus ihm nach allgemeinen Grundsätzen eine rechtliche Verbindlichkeit zur Eheschließung nicht hergeleitet werden können. Trotzdem würde sich aus allgemeinen Grundsätzen nun nicht etwa weiter auch der Satz ergeben, daß die Auflösung der Ehe verlangt werden könne mit der Berufung darauf, daß eine Verbindlichkeit zur Eheschließung nicht bestanden habe. Denn der Eheschließungsvertrag ist nach heutigem Recht ein durchaus selbständiger Vertrag und auf ihn allein beruht als Rechtswirkung, daß nunmehr zwischen den Kontrahenten eine Ehe im Rechtssinn besteht. Nur aus Gründen, die in Mängeln dieses Eheschließungsvertrages bezw. der dabei abgegebenen Willenserklärungen liegen, kann eine Auflösung der Ehe gemäß §§ 1323 ff. B. G. B. verlangt werden. Anders vielleicht im altdeutschen Recht, wo die Eheschließung lediglich die Erfüllung des Verlöbnisvertrages war und die Eheschließung jeder selbständigen Bedeutung entbehrte; jedenfalls ist nach heutigem Recht, wie bereits hervorgehoben, die Eheschließung stets ein durchaus selbständiger Vertrag.[39]) — Wir sehen: Der Umstand, daß Auflösung der Ehe nicht verlangt werden kann mit der Berufung darauf, daß eine Verbindlichkeit zur Eheschließung nicht bestanden habe, ist von der rechtlichen Natur des Verlöbnisses, des Eheversprechens, durchaus unabhängig und läßt

[39]) Selbst bei der Auffassung des Verlöbnisses als obligatorischen Vorvertrages, denn der Hauptvertrag bleibt trotz Bestehens eines Vorvertrages durchaus selbständig. Vgl. Endemann a. a. O. I S. 618/619.

mithin auch auf die rechtliche Natur desselben keinerlei Schlüsse zu, während wir im Verhältnis von Zahlung der Spielschuld und Versprechen einer Zahlung bei Spielverlust zum mindesten die Möglichkeit eines derartigen Schlusses aus dem entsprechenden Umstand des Ausschlusses des Rechts auf Rückerstattung der geschehenen Leistung nicht ohne weiteres von der Hand weisen können. Ebenso unrichtig ist, wenn Glaser seine Parallele weiter dadurch zu vervollständigen sucht, daß er anführt, die Ehe könnte aus denselben Gründen angefochten werden, aus denen auch die Rückerstattung der gezahlten Spielschuld begehrt werden dürfte. Allerdings ist es richtig, daß die Rückzahlung der getilgten Spielschuld dann verlangt werden kann, wenn ein Minderjähriger oder Betrunkener den Spielvertrag abgeschlossen hat oder wenn die Entscheidung durch arglistige Täuschung, die Teilnahme am Spiele durch widerrechtliche Drohung herbeigeführt worden ist,[40]) und aus den nämlichen Gründen ist auch eine Ehe nichtig bezw. anfechtbar. Doch auch hier übersieht Glaser wieder, daß dort die Rückforderung geschieht wegen Mängel im Spielvertrag, die Auflösung der Ehe dagegen nicht verlangt werden kann wegen Mängel bei Abschluß des ja in unserer Parallele dem Spielvertrag entsprechenden Verlöbnisses,[41]) sondern eben nur wegen Mängel des Eheschließungsvertrages.

Wir sehen mithin, was dem Versprechen der Zahlung bei Spielverlust recht ist, braucht dem Eheversprechen durchaus nicht billig zu sein. Man kann getrost Spiel und Wette als unvollkommne Schuldverhältnisse ansehen, ohne deshalb das gleiche hinsichtlich des Verlöbnisses tun zu müssen.

Was nun die weitere Behauptung Glasers anbetrifft, die fast ausnahmslos in der gesamten Literatur des bürgerlichen Rechts vertretene Ansicht, daß Spiel und Wette, sowie Heiratsvermittelung unvollkommene Verbindlichkeiten seien, sei falsch, so halte ich auch

[40]) Vgl. Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse zu § 762 S. 487 Zif. 2; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts II S. 833 Anm. 27; Endemann a. a. O. I S. 1172 Anm. 4.

[41]) Es sei denn, diese Mängel bei Abschluß des Verlöbnisses seien gleichzeitig solche des Eheschließungsvertrages.

hier von Glaser diesen Beweis nicht für geführt. Ein näheres Eingehen auf diese Frage muß natürlich im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben, ich kann mich hauptsächlich hier nur auf fertige Resultate anderer Untersuchungen berufen.[42]) Es soll nur kurz gezeigt werden, daß die von Glaser gebrachten Gegengründe durchaus nicht zwingender Natur sind.

Ich gebe Glaser darin Recht, daß, wer Spiel und Wette unvollkommene Verbindlichkeiten nennt, sie in das Gebiet der obligatorischen Rechtsgeschäfte verweisen muß, Spiel und Wette als unvollkommene Schuldverhältnisse bezeichnen muß, weiterhin auch darin, daß bei jedem Schuldverhältnis dem Forderungsberechtigten ein Leistungsverpflichteter gegenüber stehen muß und sowohl das Fehlen der aktiven, wie das Fehlen der passiven Seite jedes für sich den Begriff des Schuldverhältnisses aufhebt. Nun meint Glaser, bei Spiel und Wette und Ehemäklervertrag fehle die aktive Seite vollständig, denn diese seien nicht nur klaglos, sondern auch Aufrechnung, Bürgschaft, Pfandbestellung, Novation durch Schuldschein, Vertragsstrafe usw., alles dies sei bei ihnen unzulässig. Dies ist wohl richtig und richtig ist auch, daß bei anderen unvollkommenen Schuldverhältnissen, so z. B. bei verjährten Forderungen diese zuletzt aufgezählten Rechtswirkungen nicht ausgeschlossen sind. Doch braucht durchaus hierin nicht, wie Glaser meint, ein prinzipieller Unterschied zwischen den beiden Gruppen gefunden zu werden, vielmehr ist der Unterschied, wenn ich so sagen darf, nur ein quantitativer, kein qualitativer und hat seinen Grund in der verschiedenen Stellung des Rechts zu Spiel, Wette, Ehemäklervertrag einerseits und zu verjährten Forderungen anderseits. Die erste Gruppe der unvollkommenen Verbindlichkeiten werden vom Gesetze gemißbilligt, zwar nicht in dem Maße, daß derartige Verträge nichtig oder unwirksam wären, also kein Schuldverhältnis erzeugten, sondern nur in dem Maße, daß das Gesetz hier dem Leistungsbegehren jeglichen Erfüllungszwang versagt.[43]) Dadurch hört das

[42]) Vgl. die Literaturangaben bei Glaser a. a. O. S. 36 Anm. 12 und 13.

[43]) Vgl. Crome a. a. O. II S. 15; Endemann a. a. O. I S. 585/586; Dernburg II S. 10.

Leistungsbegehren noch nicht auf, ein Recht zu sein, denn Erzwingbarkeit gehört nicht zum Begriff des Rechts. Das Gesetz würde aber seinen Zweck, bei derartigen Fällen die Einforderbarkeit der Leistung aus öffentlichen Gründen zu versagen, nur halb erfüllen und mit sich selbst in Widerspruch geraten, wollte es der Spielschuld ꝛc. nicht auch die Anerkennung als rechtliche Grundlage eines Erfüllungsversprechens, Wechsels oder einer accessorischen Verpflichtung durch Bürgschaft, Pfandbestellung ꝛc. versagen.[44]) Bei verjährten Forderungen beruht das gesetzliche Vorgehen dagegen nicht auf einer Mißbilligung ihrer Einforderbarkeit, sondern auf dem Gesichtspunkt, daß der durch längere Zeit befestigte Rechtszustand durch vergilbte Ansprüche nicht beunruhigt werde.[45]) Hier lag naturgemäß durchaus kein Grund vor, die fraglichen anderweiten Rechtswirkungen auszuschließen. Dagegen bleibt auch für die erste Gruppe — Spiel, Wette, Ehemäklervertrag — die soluti retentio. Die herrschende Ansicht sieht eben darin den Beweis, daß die Leistung als rechtsbeständige Erfüllung einer Schuld angesehen wird, die Leistung beruht auf einem rechtlichen, den § 812 B. G. B. ausschließenden Grund. Hierdurch wird in gleicher Weise das Bestehen einer Forderungsberechtigung wie einer Leistungsverpflichtung anerkannt[46]) und so erscheint auch hier die Annahme eines unvollkommenen Schuldverhältnisses durchaus gerechtfertigt. — Freilich will Glaser die soluti retentio aus anderen Gesichtspunkten erklären, sodaß vom Schuldverhältnis bei Spiel und Wette nichts übrig bliebe. Demgegenüber ist zunächst hervorzuheben, daß es doch richtiger, weil einfacher und ungezwungener erscheinen muß, wenn man Spiel und Wette als gewöhnliche Verträge ansieht, denen nur kraft

---

[44]) Dagegen sind auch eine Leistung an Erfüllungsstatt und eine vertragsmäßige Aufrechnung rechtsbeständig. Entschdgn. des R. G. in Zivilsachen Bd. 1 S. 129, Bd. 35 S. 286, Bd. 38 S. 232, Bd. 47 S. 52. Dernburg a. a. O. II S. 10; Endemann a. a. O. I S. 1173 Anm. 9; Crome a. a. O. II S. 16 Anm. 6.

[45]) So Endemann a. a. O. I S. 586.

[46]) Das gibt übrigens Glaser a. a. O. S. 40 Anm. 29 gewissermaßen selbst zu. Man kann vielleicht so sagen: Das Recht der soluti retentio bezeugt, daß der Empfänger Gläubiger war, der Ausschluß des Rechts der soluti repetitio, daß der Geber Schuldner war.

Sonderbestimmung gewisse Rechtswirkungen abgesprochen sind, da ja die Rechtswirkung der soluti retentio zweifellos in dem erklärten Willen der Parteien liegt, als wenn man ihnen die Rechtsnatur abspricht und die soluti retentio als Ausfluß einer Sonderbestimmung ansieht.[47]) Anderseits stößt auch der Versuch Glasers, die soluti retentio aus anderen Gesichtspunkten und Bestimmungen zu erklären, auf Schwierigkeiten. Den Ausschluß des Rechts der soluti repetitio beim Versprechen des Ehemäklerlohnes sucht Glaser als Sonderfall des § 817 B. G. B. zu konstruieren, des Falles, wo Zahlung und Annahme des Gezahlten in gleicher Weise gegen die guten Sitten verstoßen.[48]) Doch erscheint diese Konstruktion bedenklich. Zwar hat Glaser recht, daß bei Einführung dieses Paragraphen die Reichstagskommissionsmehrheit[49]) geltend machte, die große Mehrheit der Bevölkerung betrachte unzweifelhaft das Nehmen oder Geben eines Lohnes für Heiratsvermittelung als unsittlich, mindestens als unanständig. Doch ist eine Unanständigkeit noch nicht eine Unsittlichkeit und nur die letztere verpönt das Gesetz. Auch muß es fraglich erscheinen, ob dieser Gesichtspunkt für alle Fälle durchschlägt, wie der Regierungsvertreter mit Recht hervorhob, es lassen sich wohl Fälle denken, wo die Heiratsvermittelung ein notwendiges Übel erscheint und sonach zumal das Geben eines Lohnes nicht für unsittlich angesehen werden kann.[50]) So war denn auch nach bisherigem Recht größtenteils ein Ehemäklervertrag nicht schlechtweg ungültig, sondern nur, wenn die Umstände darin

---

[47]) Vgl. auch die Ausführungen am Schluß der Arbeit.

[48]) Übrigens rechnet Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 30 den § 817 B. G. B. mit Rücksicht auf seinen letzten Halbsatz auch zu den unvollkommenen Verbindlichkeiten. Wie Glaser schon J. Kohler, Der Ehemakellohn, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 12 S. 317 ff.

[49]) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf II S. 94/95 bei Mugdan a. a. O. II S. 1292/1293.

[50]) Ähnlich Oertmann a. a. O. zu § 656 B. G. B. unter 2 a, S. 384.

[51]) So sagt Stammler a. a. O. S. 29: „Mäklergebühr für Heiratsvermittelung war im seitherigen Recht nach der herrschenden Meinung der Jurisprudenz unbedenklich von rechtlicher Gültigkeit. Die Entwürfe des Gesetzbuches folgten dem." Vgl. auch die Literaturangaben bei Oertmann a. a. O. zu § 656 unter 1 S. 383.

eine Unsittlichkeit finden ließen.[51]) Zudem gebe ich Oertmann[52]) vollkommen recht, wenn er sagt, der Wortlaut des § 656 B. G. B. spiele offenbar geradezu auf die condictio indebiti an und verwerfe sie, nicht eine condictio ob turpem causam. — Den § 762 B. G. B. will Glaser auf § 814 B. G. B. zurückführen und es ist zuzugeben, daß der gesellschaftliche Anstand Zahlung der Spielschuld verlangt. Doch verfehlt dieser Hinweis dann völlig seinen Zweck, wenn man, wie es die herrschende Ansicht tut, die Fälle des § 814 B. G. B. eben auch als unvollkommene Schuldverhältnisse ansieht.[53]) [54])

Wir können nach alledem mit gutem Recht an der herrschenden Lehre festhalten, daß Spiel, Wette und das Versprechen eines Ehemäklerlohnes unvollkommene Verbindlichkeiten begründen.

Mit den obigen Ausführungen ist aber gleichzeitig der Schlußbau in der Glaserschen Beweisführung dahingehend, daß § 1297 B. G. B. eine sachliche Änderung des § 1227 Entwurf I, eine Abkehr von der Tatsächlichkeitstheorie zur Vertragstheorie enthalte, eines Teiles seines Beweisfundamentes beraubt, denn die Gegenüberstellung der beiden Sätze: „Es wird eine Verbindlichkeit nicht begründet" und „Es kann nicht geklagt werden" als feste technische Bezeichnungen des Gesetzes für zwei Gegensätze muß abgelehnt werden, da schon der erste Satz, wie oben ausgeführt, nicht notwendig den ihm von Glaser beigelegten Sinn haben muß und nicht hat.[55]) Es bleibt noch das zweite Stück in der Glaserschen

[52]) a. a. O. zu § 656 unter 2a S. 384.

[53]) So z. B. Enneccerus u. Lehmann a. a. O. I S. 376; Matthiaß a. a. O. I S. 321; Planck a. a. O. II S. 6 u. 3. 585; Endemann a. a. O. I S. 586 587; Oertmann a. a. O. S. 2; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. II S. 9.

[54]) Es sei hier noch darauf hingewiesen, daß sich aus § 534 B. G. B. nicht die Unrichtigkeit dieser Anschauung folgern läßt, wie Crome a. a. O. II S. 17 meint. Nach § 814 wird als Rechtszweck der Beteiligten die Erfüllung einer Verbindlichkeit vorausgesetzt und die dort verordnete Erfüllungswirkung tritt selbständig ein ohne Bezugnahme auf die Entgeltlichkeit. § 534 besagt nur, daß die Rückforderung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Leistung Schenkung ist, während in den Fällen des § 814 die Leistung als Erfüllung einer Schuldverpflichtung, nicht als Schenkung anzusehen ist. So Endemann a. a. O. I S. 587 Anm. 18.

[55]) Es trifft sich übrigens für die Glasersche Gegenüberstellung schlecht, daß alle die Rechtswirkungen, die bei Spiel und Wette i. G. zu verjährten

Beweisführung dahingehend, daß der Ausschluß der Klage im § 1297 nur den Sinn haben könne, daß das Gesetz das Verlöbnis als ein Rechtsgeschäft ansehe.[56]) Glaser begründet diese Behauptung wie folgt: „Es kann nicht geklagt werden, dieser Satz hat nur Sinn, wenn ohne ihn das Verlöbnis als klagbar gelten müßte. Als klagbar kann aber nur ein Rechtsgeschäft gelten. Ist das Verlöbnis gar kein Rechtsgeschäft, so ist dieser Satz sinnlos."[57]) Allerdings ist zuzugeben, daß § 1297 vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie überflüssig ist, sodaß hieraus durch arg. e contr. ein Schluß auf die Richtigkeit der Vertragstheorie gezogen werden kann. Immerhin wird man m. E. auf Grund der folgenden Erwägungen diese an sich gewiß nicht unrichtige Schlußfolgerung, zu der es übrigens der ganzen vorhergehenden Beweisführung Glasers nicht bedurft hätte, hinsichtlich ihrer Beweiskraft auch nicht überschätzen dürfen. — Zunächst muß auf die Entstehungsgeschichte des § 1297 B. G. B. hingewiesen werden. Nach heißem Kampfe einigte man sich dahin, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, die der prinzipiellen Konstruktion des Verlöbnisinstitutes neutral gegenüberstand,[58]) zugleich aber die Möglichkeit ausschloß, daß eine Klage auf Eheschließung aus dem Verlöbnis für statthaft angesehen werden konnte. Hierzu war aber allerdings eine ausdrückliche Vorschrift nötig, da mangels einer solchen sich

---

Forderungen ausgeschlossen sind (was Glaser veranlaßte, Spiel und Wette aus dem Gebiete der Verbindlichkeiten auszuweisen), auch beim Verlöbnis ausgeschlossen sind. Freilich liegt dies vielleicht bei einer Reihe derselben in der Natur der Sache, ist „zufällig" so, wie Glaser a. a. O. S. 46 sagt, das trifft aber z. B. beim Ausschluß der Vertragsstrafabrede nicht ohne weiteres zu.

[56]) Nochmals sei an dieser Stelle hervorgehoben, daß jetzt auch ganz allgemein von den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie zugegeben wird, daß § 1297 nicht gegen die Vertragstheorie spricht. Immer wieder stößt man bei Glasers Ausführungen S. 33 ff. insbes. S. 47/48 u. 49 auf die durchaus falsche Behauptung, daß die Tatsächlichkeitstheorie in der Bestimmung des § 1297 den Bruch mit dem alten Recht sehe. Vgl. oben § 6 unter I.

[57]) So argumentierte schon vor Glaser Neumann a. a. O. II S. 702 zu § 1297 unter II 1.

[58]) Vgl. Stutz a. a. O. S. 16; Nathan a. a. O. S. 14.

die Klagbarkeit des Verlöbnisses hätte ergeben können, durchaus nicht müssen,[59]) da zweifellos von vielen das Verlöbnis als obligatorischer Vertrag aufgefaßt wurde bzw. hätte aufgefaßt werden können. Die Fassung des ersten Entwurfs wollte man aber schon aus dem Grunde nicht annehmen, damit nicht bei Laien die Anschauung erregt werden könnte, das Verlöbnis begründe auch keine sittliche Verpflichtung.[60]) So war die Einfügung des § 1297 B. G. B. in seiner jetzigen Form gewissermaßen eine Notwendigkeit. Schon deshalb ist auch vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie diese Vorschrift durchaus nicht sinnlos, wenn sie auch ein selbstverständlicher Ausfluß dieser Theorie ist. Daß aber das B. G. B. gar nicht so selten aus Vorsicht eine bei richtiger Auffassung allerdings überflüssige Vorschrift eingefügt hat, dürfte doch klar sein. So z. B. § 1304 Abs. 1 B. G. B. mit Rücksicht auf § 107, § 859 Abs. 1 mit Rücksicht auf § 227, so die ausdrückliche Zulassung der Aufrechnung und Hinterlegung als Zahlungsmöglichkeiten in den Fällen §§ 268, 1142, 1224, 1249, während doch ganz allgemein eine Befriedigung in dieser Weise geschehen kann, ferner nach Glasers Ansicht § 762 im Verhältnis zu § 814, § 656 im Verhältnis zu § 817 und so fort. Überdies sei hervorgehoben, daß auch nach der von Glaser vertretenen Theorie des familienrechtlichen Vertrags die Bestimmung des § 1297 B. G. B. genau genommen gerade so überflüssig und demnach „sinnlos" sein würde, wie vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie, denn rein familienrechtliche Pflichten sind grundsätzlich unerzwingbar und dulden keinen mittelbaren Zwang.[61]) Bei streng logischer Durchführung des Glaserschen Gedankens wäre mit Rücksicht auf § 1297 B. G. B. nur die Auffassung des Verlöbnisses als obligatorischen Vertrages möglich.

---

[59]) Das zeigt schon die Entwicklung des französischen Rechts. Vgl. Zihlmann a. a. O. S. 19 f.

[60]) Hellmann a. a. O. S. 219; Hinschius a. a. O. S. 55; Gierke a. a. O. S. 43 u. 395.

[61]) Glaser erklärt deshalb S. 82 selbst es für einen Vorzug seiner Theorie, daß nach ihr die Bestimmungen des § 1297 B. G. B. weiter nichts seien als eine selbstverständliche Folge derselben.

Auch der ausdrückliche Ausschluß der Statthaftigkeit einer Vertragsstrafabrede, auf den sich Glaser schließlich noch beruft, findet vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie in den obigen Ausführungen seine gesetzestechnische Begründung.[62]) Nur sei noch darauf hingewiesen, daß das Fehlen einer gleichen Vorschrift in den §§ 762 und 656 B. G. B. nicht darauf schließen läßt, daß das Gesetz Spiel, Wette und das Versprechen eines Ehemäklerlohnes für völlig unverbindlich und deshalb mit Rücksicht auf § 344 B. G. B. eine derartige Vorschrift hier für überflüssig halte. Sieht man in Spiel und Wette unvollkommene Verbindlichkeiten, so darf man zur Erklärung des Fehlens einer solchen Vorschrift § 344 B. G. B. allerdings nicht heranziehen, braucht dies aber auch nicht, denn die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafabrede in diesem Falle ergibt sich aus dem bei Behandlung dieser Fälle maßgebenden Gesichtspunkt, daß der Gesetzgeber hier jede Erzwingbarkeit des Leistungsbegehrens aus öffentlichen Gründen mißbilligt, so auch eine indirekte Erzwingung durch Vertragsstrafe.[63])

So wird man wohl zusammenfassend sagen können: § 1297 B. G. B. spricht für die Vertragstheorie, schließt aber doch nicht jede Möglichkeit der Annahme einer Tatsächlichkeitstheorie aus.

II. Die einzelnen Konstruktionsversuche.

§ 8.

Vorbemerkung.

Im vorigen Abschnitt ist von alledem geredet worden, was über, für bzw. gegen die beiden großen Gruppen der Verlöbnistheorieen im allgemeinen anzuführen ist und angeführt worden ist. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist ein im wesentlichen negatives gewesen. Ausschlaggebende Gesichtspunkte für die Annahme bzw. die Ablehnung einer der beiden Gruppen haben sich nicht ergeben, sofern man nicht in der Bestimmung des § 1297 B. G. B., in dem

[62]) Vgl. Staudinger a. a. O. IV S. 14 unter 2; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 16, dessen Ausführungen freilich für die von ihm vertretene Vertragstheorie nicht richtig sind.

[63]) Crome a. a. O. II S. 212 unter 3a.

ausdrücklichen Klagausschluß ein zwingendes Argument für die Unrichtigkeit der Tatsächlichkeitstheorie finden will.

Im folgenden soll nun auf die Konstruktionsversuche im einzelnen eingegangen werden, es soll geprüft werden, ob die einzelne Theorie imstande ist, eine rechtliche Unterlage und Erklärung für die gesetzliche Regelung, die das Verlöbnisinstitut im Bürgerl. Gesetzbuch gefunden hat, abzugeben. Von selbst ergibt sich, daß eine solche Untersuchung in zwei Teile zerfallen muß: Vertragstheorieen Tatsächlichkeitstheorieen. Von den ersteren soll zunächst geredet werden.

1. Die Vertragstheorieen.

§ 9.

Die Theorie des obligatorischen Vorvertrags.

I. Die älteste und zugleich die bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches herrschende Vertragstheorie ist die des obligatorischen Vorvertrags.[1]) Sie geht zurück auf die berühmte Definition Florentins:[2]) sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum, die nach der Reception des römischen Rechts im gemeinen Recht allgemeine Aufnahme fand. Diesen Satz legte man der theoretischen und praktischen Entwicklung des Verlöbnisinstitutes zugrunde, die ihren Niederschlag fand in den Ausführungen Just Henning Böhmers:[3]) „sponsalia, ubi legitimo contracta sunt modo, sine dubio obligationem ad ea consummanda producunt, et quidem ex natura et ratione pactorum communi, si modo iustae ab iis resiliendi causae nullae intervenerint . . . . Equidem obligatio sponsalitia in faciendo consistit.“ So sah man in dem Verlöbnis einen obligatorischen

[1]) Sie wird von den neueren Spezialschriftstellern heute allein noch verteten von Cramer a. a. O. S. 6 ff. Dagegen hat sie in den großen allgemeinen Werken über das B. G. B. auch heute noch viele Anhänger; so sind vor allem alle diejenigen, die das Verlöbnis schlechtweg einen Vertrag nennen, zu diesen zu rechnen. So Planck; Scherer; Kuhlenbeck; Neumann; Heilfron; Rehbein, Kommentar zum B. G. B. Bd. I S. 208 u. a.

[2]) l. 1 D. de sponsal. 23, 1.

[3]) Jus ecclesiasticum Protestantium tom. III S. 1142 § 48.

Vertrag, gerichtet auf künftige Eingehung der Ehe, gerichtet also auf ein späteres contrahere, ein pactum de contrahendo. Wissenschaft,[4]) Praxis[5]) und Gesetzgebung[6]) vertraten in gleichem Maße diese Theorie.

II. Wie aus jedem obligatorischen Vertrage, so konnte auch aus dem Verlöbnis auf Erfüllung d. h. auf Eingehung der Ehe geklagt werden und nur mangels der Möglichkeit eines Erfüllungszwanges (Z. P. O. §§ 774 Abs. 2 u. 779 Abs. 2, jetzt §§ 888 Abs. 2 u. 894 Abs. 2) trat an dessen Stelle bei Weigerung des Verurteilten ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, in vereinzelten Fällen bei verschuldeter Unmöglichkeit[7]) der Leistung an Stelle der Leistungsklage von vornherein die Klage auf Schadensersatz.

'Es liegt auf der Hand, daß diese Bindung an die Sätze des Obligationenrechts und ihre strikte Anwendung auf das Verlöbnis große Härten in sich schloß. Diese mußten umso unerträglicher erscheinen, zu einer je höheren Auffassung der Ehe man sich emporrang und je energischer man völlige Willensfreiheit bei Eingehung der Ehe und Ausschluß jeden Zwanges forderte. Diese Anschauungen haben denn auch die Gesetzgebungen mehr und mehr beeinflußt. Man entschloß sich, eine Klage auf Eingehung der Ehe nicht mehr zuzulassen, ja man versagte selbst die Klage auf das Erfüllungsinteresse und verbot eine Vertragsstrafabrede. Und das ist auch der Standpunkt des B. G. B. — Allein hier-

---

[4]) Vgl. z. B. Stobbe a. a. O. IV S. 16 und die dort angegebene Literatur.

[5]) Eine umfangreiche Zusammenstellung der hier einschlägigen Entscheidungen gibt Nathan a. a. O. S. 9 Anm. 11. Noch in einem Urteil des Reichsgerichts vom 30. Sept. 1897 (Entschdgn. des R. G. in Z. S. Bd. 39 S. 188 f.) heißt es: „Nach gemeinem deutschen Recht ist die Verbindlichkeit des Verlobten zur Eheschließung eine vertragsmäßige Obligation, wie irgend eine andere, wenn sie auch zunächst nicht eine vermögensrechtliche, sondern eine familienrechtliche Leistung zum Gegenstand hat."

[6]) So liegt den Verlöbnisdefinitionen im Preuß. A. L. R. II, 1 § 75 und im Sächs. B. G. B. § 1568 ganz offenbar diese Theorie zugrunde.

[7]) Hierher zählte man anderweite Verheiratung und Selbstmord. Ob im letzten Punkte mit Recht, darüber herrscht Streit. Vgl. Entschdgn. des R. G. in Ziv. Sachen Bd. 39 S. 188 f. u. Cramer a. a. O. S. 64, insbes. Anm. 16 einerseits, Stutz a. a. O. S. 74 f., insbes. Anm. 5 u. 6 anderseits.

durch schon hält eine Reihe von Schriftstellern[8]) die Annahme der Theorie des obligatorischen Vorvertrages für das B. G. B. für unmöglich. Auch für Stutz bildet dieser Punkt einen Grund gegen die Annahme dieser Theorie, indem er ausführt:[9]) Alle wahren Vorverträge seien Sicherungsgeschäfte, ihnen sei daher zum mindesten eine Klage auf das Erfüllungsinteresse wesentlich. Die Klage auf das Erfüllungsinteresse versagen, heiße den obligatorischen Vorvertrag zwecklos machen. Diese Folgerungen dürften zu weit gehen. Völlig zwecklos als Sicherungsgeschäft ist das Verlöbnis auch heute noch nicht, die §§ 1298 f. B. G. B. bieten immerhin eine gewisse Sicherheit für den verlöbnistreuen Teil, wenn dies auch nicht der von den Gesetzgebern mit diesen Bestimmungen verbundene Zweck gewesen sein mag, der wohl nur auf Abtragung des gestifteten Schadens abzielte.[10]) Auch läßt sich ja der Ausschluß des Erfüllungsinteresses zur Not mit der Natur der Ehe erklären,[11]) bzw. auch damit, daß sich das Erfüllungsinteresse im vorliegenden Falle nicht in Geld abschätzen lasse.[12]) Jedenfalls aber ist mit Friedberg[13]) folgendes zu sagen: „Es muß bezweifelt werden, ob noch von einem obligatorischen Vertrage da geredet werden kann, wo alle Eigentümlichkeiten eines solchen abgestreift worden sind und nichts weiter übrigt bleibt als eine Schadensersatzpflicht, zu deren Erklärung man die Konstruktion eines obligatorischen Vertrages nicht braucht."

Es kommt hinzu, daß die Theorie des obligatorischen Vorvertrages auch heute noch nicht immer zu praktisch befriedigenden Ergebnissen führt, wenn auch durch die positive Regelung im B. G. B. im wesentlichen hier Abhilfe geschaffen ist. So spielt — freilich

---

[8]) So insbes. Matthiaß a. a. O. II S. 225; Jacobi a. a. O. S. 18, die freilich hierdurch die Vertragstheorie überhaupt für unmöglich halten, da sie Vertragstheorie mit der Theorie des obligatorischen Vorvertrages identifizieren (vgl. oben § 6 unter I, insbes. bei Anm. 3 u. 4); ferner Endemann a. a. O. II S. 600.

[9]) a. a. O. S. 34/35.

[10]) Stutz a. a. O. S. 28 Anm. 2.

[11]) So Dittenberger a. a. O. S. 44 unter III bis S. 46.

[12]) So Cramer a. a. O. S. 66/67.

[13]) a. a. O. S. 468.

nur vom Standpunkt der Theorie des obligatorischen Vorvertrages — z. B. die Frage nach dem Erfüllungsort beim Verlöbnis auch heute noch eine Rolle, nicht nur bei Kollision mit ausländischem Recht, sondern auch für die Bestimmung des Gerichtsstandes nach § 29 Z. P. O. Konsequenter Weise kann nach der Theorie des reinen obligatorischen Vertrages nur der Ort als Erfüllungsort für den Verlöbnisvertrag angesehen werden, an welchem die Verlobten den Akt der Eheschließung d. h. die Trauung vorzunehmen beabsichtigen bzw. vorzunehmen verpflichtet sind.[14]) Dies kann leicht zu mißlichen Konsequenzen führen, sodaß man versucht hat, den Erfüllungsort anderweit zu bestimmen, indem man den Ort, den die Verlobten als erstes Ehedomizil in Aussicht genommen haben[15]) oder auch den Wohnsitz der Verlobten z. Z. der Verlobung[16]) als Erfüllungsort bezeichnet. Jedoch ist vom Standpunkt des reinen obligatorischen Vertrages m. E. keine dieser Ansichten zu rechtfertigen.

III. Im folgenden sei noch auf drei weitere gegen die Theorie des obligatorischen Vorvertrages erhobene Einwendungen kurz eingegangen:

a) Da wird zunächst geltend gemacht, ein Schuldverhältnis könne nur eine vermögenswerte Leistung zum Inhalt haben, eine solche aber sei die Eingehung der Ehe nicht, denn zum mindesten das B. G. B. habe die Ehe des vermögensrechtlichen Charakters entkleidet.[17]) Letzteres ist zutreffend, zumal im Hinblick auf die Bestimmung des § 1334 Abs. 2 B. G. B., dagegen halte ich die Beschränkung der obligatorischen Verträge auf nur vermögenswerte Leistungen nicht für richtig. Weder die Wortfassung des § 241 B. G. B. noch der Begriff des Schuldverhältnisses zwingt zu dieser

[14]) So auch Entschdgn. des R. G. in Zivilsachen Bd. 23 S. 176; ferner in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47 S. 135 f. und in Seufferts Archiv für Entschdgn. der höchsten Gerichtshöfe Bd. 39 Nr. 163, Bd. 41 Nr. 21.

[15]) So Entschdgn. des R. G. in Zivilsachen Bd. 7 S. 338, Bd. 20 S. 333; Bd. 29 S. 98: Seufferts Archiv Bd. 20 Nr. 1.

[16]) So Cramer a. a. O. S. 47. Diese Ansicht ist richtig vom Standpunkt des reinen familienrechtlichen Vertrages. Stutz a. a. O. S. 60.

[17]) So insbes. Nathan a. a. O. S. 52 ff.; auch Stutz a. a. O. S. 46.

Ansicht. So geht denn auch die herrschende Ansicht[18]) dahin, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Leistung für genügend zum Bestehen eines Schuldverhältnisses zu verlangen[19]) und diese Forderung erfüllt die Eingehung einer Ehe zweifellos.

b) Weiter wird angeführt, nach dem B. G. B. ginge notwendigerweise jeder Eheschließung ein Verlöbnis voraus,[20]) das stände im Widerspruch mit dem weiteren Satze, daß ein Vorvertrag nie ein notwendiger, sondern stets nur ein möglicher Umweg zum Hauptvertrage sei.[21]) Letzteres mag zutreffend sein,[22]) denn daß das Gesetz einen Vorvertrag für unbedingt erforderlich erklären sollte, erscheint schwer denkbar, allein schon mit Rücksicht darauf, daß es sich ja bei dem Hauptvertrage um einen völlig selbständigen Vertragsschluß handelt. Unrichtig ist dagegen die Behauptung, daß das Verlöbnis notwendige Voraussetzung der Eheschließung sei. Am ehesten ist eine Ehe ohne vorausgegangenes Verlöbnis dann denkbar, wenn das Verlöbnis aus irgend einem Grunde nichtig ist, dieser Mangel aber auf die Gültigkeit der Ehe keinen Einfluß hat.[23]) So ist z. B. nach der Vertragstheorie, zu der ja die Theorie des obligatorischen Vorvertrages zählt, das Verlöbnis eines Minderjährigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters

[18]) Dies bemerkt auch Enneccerus und Lehmann a. a. O. I S. 373 Anmerkung 11.

[19]) Ein näheres Eingehen auf diese berühmte Streitfrage ist im Rahmen dieser Arbeit natürlich nicht möglich. Ich beziehe mich im übrigen auf die Literaturangabe bei Nathan a. a. O. S. 53 Anm. 3. Der hier vertretenen herrschenden Ansicht sind außer den bei Nathan angegebenen noch insbes. folgende Schriftsteller: Crome a. a. O. II S. 18/19; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. I S. 369 f., insbesondere S. 373; Stammler a. a. O. S. 1 ff.; Glaser a. a. O. S. 81.

[20]) Dieser Ansicht sind: Stutz a. a. O. S. 24 f.; Dittenberger a. a. O. S. 16 Anm. 2; Nathan a. a. O. S. 71 Anm. 4; Opet a. a. O. S. 8; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 5.

[21]) Das machen geltend Stutz a. a. O. S. 54 Anm. 1; Nathan a. a. O. S. 71 Anm. 4.

[22]) So auch Zihlmann a. a. O. S. 152; insbes. Endemann a. a. O. I S. 618 Anm. 12; dagegen Opet a. a. O. S. 8 und wohl auch Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 71 S. 31.

[23]) Die Ausführungen Dittenbergers a. a. O. S 16 Anm. 2 unter 2 zu diesem Punkte sind unzutreffend. Vgl. Glaser a. a. O. S. 55.

nichtig, die gleichfalls ohne Einwilligung eingegangene Ehe ist nach § 1331 B. G. B. nur anfechtbar, der gesetzliche Vertreter genehmigt die Ehe nachträglich gemäß § 1337 B. G. B. Eine nachträgliche Genehmigung des Verlöbnisses kann hierin nicht gefunden werden, denn mit der vollzogenen Eheschließung ist jede Möglichkeit eines Wiederauflebens des Verlöbnisses naturgemäß ausgeschlossen. Weiter ist hier anzuführen das Beispiel Friedbergs,[24]) wenn jemand im error personae eine Person geheiratet hat, mit der er gar nicht verlobt war, und diese Ehe genehmigt hat; auch auf die Beispiele bei Glaser a. a. O. S. 56/57 Anm. 12 ist hier hinzuweisen, wenn auch diese Fälle wohl nur selten den Boden der Wirklichkeit betreten werden. Wir sehen, das Verlöbnis geht regelmäßig der Eheschließung voran, aber nicht notwendig und nur deshalb spricht das Gesetz in den §§ 1317, 1318 schlechthin von Verlobten.[25])

c) Noch auf einen Einwand gegen die Theorie des reinen obligatorischen Vorvertrages ist jetzt einzugehen. Er geht von Stutz[26]) aus und bildet auch für Glaser[27]) den ausschlaggebenden Gesichtspunkt gegen diese Theorie.

Wäre das Verlöbnis lediglich ein pactum de contrahendo, so heißt es,[28]) so würden wie bei jedem Schuldverhältnis die Beteiligten nur zur Bewirkung der geschuldeten Leistung, also hier nur zur Eingehung der Ehe verpflichtet sein. Diese Leistung sei gemäß § 242 B. G. B. so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderten und nach diesem Maßstabe, nach dem allein das Gesetz alle obligatorischen Verträge inhaltlich ergänzt wissen wollte, sei die geschuldete Leistung, die Mitwirkung zur Eheschließung näher zu bestimmen. Sie bestände also positiv einmal darin, alles zu tun, was zur Eheschließung

[24]) a. a. O. S. 467. Vgl. auch Hölder, Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums in der Person, in Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 25/26.

[25]) So außer Friedberg, Hölder und Glaser noch Zihlmann a. a. O. S. 152/153; Endemann a. a. O. II S. 598, insbes. Anm. 1; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. II S. 396. Vgl. auch v. Scheurl, Eherecht S. 367.

[26]) a. a. O. S. 35 f.

[27]) a. a. O. S. 71 f.

[28]) Die Ausführungen Stutzs und Glasers sind oben im Text mit einander verbunden.

erforderlich sei, und negativ darin, alles zu unterlassen, was diese vereiteln könnte. Hierin erschöpften sich die obligatorischen Pflichten, eine weitere Bindung der Personen, eine innere Verkettung finde nicht statt. Und doch würde niemand behaupten können, daß die Verlobten zu nichts anderen verpflichtet seien. Die engen persönlichen Beziehungen, die durch das Verlöbnis zwischen den Parteien begründet würden, sowie die Pflichten, deren Verletzung ein Verschulden im Sinne des § 1299 B. G. B. sei, lasse die Theorie des obligatorischen Vorvertrags unerklärt, da ja nach ihr die Verlobten zur Treue im ethischen Sinne nicht verpflichtet sein könnten. Denn sei das Verlobtenverhältnis ein obligatorisches, so könne auch die Sittlichkeit nichts anderes hineinlegen, als was sie sonst in ein Schuldverhältnis lege; ein obligatorischer Vertrag könne nicht den Anspruch erheben, aus den Sätzen der Volkssitte und der Ethik erklärt und ergänzt zu werden.

So Stutz und Glaser. Richtig an ihren Ausführungen ist zweifellos, daß die Verlobten nicht nur zur Mitwirkung beim Eheabschluß verpflichtet sind, sondern daß sie schon durch die Verlobung in enge persönliche Beziehungen zu einander treten, und weiter ist auch richtig, daß die Verlobten gegenseitig zur Treue im ethischen Sinne verpflichtet sind. Dagegen ist die Behauptung, daß diese Wirkungen der Verlobung keinesfalls bei lediglich obligatorischer Betrachtungsweise derselben rechtlich zu erklären seien, nicht zutreffend. Der Fehler liegt in einer zu einseitigen und engen Auffassung der obligatorischen Verträge.

Einmal ist der Satz nicht richtig, daß bei allen obligatorischen Verträgen die einzige Vertragspflicht in der Bewirkung der geschuldeten Leistung bestände. Das mag wohl für manche obligatorische Verträge zutreffen, aber doch keineswegs für alle. In vielen Fällen legt auch das einmal begründete obligatorische Vertragsverhältnis den Vertragsschließenden ein bestimmtes, gegenseitiges Verhalten auf, gewährt ihnen wechselseitig Rechte und bürdet ihnen Pflichten auf,[29]) die selbständig neben der Hauptvertragspflicht, der Bewirkung der geschuldeten Leistung bestehen, ohne daß wir Bedenken tragen, auch diese Rechte und Pflichten als Ausfluß des obligatorischen Vertrages

[29]) So Cramer a. a. O. S. 21.

zu betrachten. So z. B. bei den Dienstverträgen. Die Hauptvertragspflicht geht hier einerseits auf Leistung der Dienste, anderseits auf Gewährung der vereinbarten Vergütung und doch bestehen zwischen den Parteien, zweifellos auch als Ausfluß des Dienstvertrages, noch anderweite, mehr persönliche Beziehungen, so zumal für den Dienstherrn unter gewissen Voraussetzungen mannigfache Fürsorgepflichten im Interesse des Dienstverpflichteten, bei deren Verletzung der Dienstherr zum Schadensersatz verpflichtet, der Dienstverpflichtete zur sofortigen Kündigung berechtigt ist. Vgl. B. G. B. §§ 617, 618; H. G. B. §§ 62, 71 Ziff. 3.

Aber auch der weitere Satz Stutzs, daß die Sittlichkeit in das Verlobtenverhältnis als Schuldverhältnis nichts anderes hineinlegen könne als was sie sonst in ein Schuldverhältnis lege, und der entsprechende Satz Glasers, daß ein obligatorischer Vertrag nicht den Anspruch erheben könne, aus den Sätzen der Ethik und der Volkssitte erklärt und ergänzt zu werden, sind in dieser Ausschließlichkeit und Allgemeinheit nicht richtig. Freilich wo ein Schuldverhältnis, wie allerdings in den meisten Fällen, lediglich zu rein wirtschaftlichen, vermögenswerten Leistungen verpflichtet, da wird es nach dieser seiner Natur auch ausgeschlossen sein, es nach den Sätzen der Ethik und der Volkssitte zu erklären und zu ergänzen. Anders liegt es dagegen schon bei den eben erwähnten Dienstverträgen. Da hier neben den vermögensrechtlichen noch gewisse weitere, mehr persönliche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, so sind auch diese Schuldverhältnisse ganz offenbar schon weit mehr unter Berücksichtigung unserer ethischen, sozialen und religiösen Anschauungen geregelt und zu ergänzen wie z. B. ein Kaufgeschäft oder ein Darlehn. So hat z. B. nach § 618 Abs. 2 B. G. B. der Dienstherr in Ansehung gewisser ihm gegenüber dem Dienstverpflichteten obliegenden Pflichten Rücksicht zu nehmen auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten; sittliche Verfehlungen, Tätlichkeiten, Ehrverletzungen bilden für beide Teile wichtige Kündigungsgründe. H. G. B. §§ 71, 72. Wir sehen also, allgemein gültige Sätze darüber, was die Sittlichkeit in ein obligatorisches Verhältnis hineinlegt, gibt es nicht. Es kommt eben auf die Natur des einzelnen Schuldverhältnisses an.

Unter Berücksichtigung alles dieses ist m. E. allerdings die Möglichkeit gegeben, auch vom Standpunkt der Theorie des reinen obligatorischen Vertrags die ja zweifellos schon durch die Verlobung begründeten engen persönlichen Beziehungen der Parteien und die zwischen ihnen bestehende Verpflichtung zur Treue im ethischen Sinne rechtlich zu erklären.

Immerhin aber dürfte der Umstand, daß wir es dann hier mit einer so ganz anders als die übrigen Schuldverhältnisse gearteten Obligation zu tun haben würden, nicht gerade für diese Theorie sprechen und den Gedanken nahe legen, daß doch vielleicht dem durch die Verlobung geschaffenen Rechtsverhältnis ein anderer rechtlicher Charakter beizulegen sei, daß die Betrachtung des Brautstandes lediglich als eines bloßen Schuldverhältnisses die richtige Lösung nicht ist.[30])

§ 10.

Die Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses.

Der zuletzt behandelte der obligatorischen Vorvertragstheorie gemachte Vorwurf führte, wenn ich so sagen darf, von selbst zur Aufstellung der Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses. Die rein obligatorische Betrachtungsweise hielt man für das Verlöbnis nicht für ausreichend, insbesondere nicht für die Erklärung der spezifischen Verlöbnistreue. Diese läßt sich dagegen — was ohne weiteres anzuerkennen ist — recht wohl verstehen, wenn man ein familienrechtliches Element in das Verlobtenverhältnis hineinträgt, denn im Familienrecht treten an Stelle von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zur Ergänzung der Vertragspflichten ganz allgemein unsere sittlichen, religiösen und sozialen Anschauungen über das Wesen der Familienrechte.[1])

[30]) Daß sich auch Cramer diesem Gedanken nicht hat verschließen können, zeigen seine eigenen Ausführungen S. 47. Hier nennt er den Brautstand geradezu ein zwischen den beiden Vertragschließenden begründetes familienrechtliches Verhältnis. Ein solches kann aber die nach Cramer rein obligatorische Verlobung nicht ins Leben rufen.

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. II S. 584 Anm. 10.

Der systematische Aufbau dieser Theorie kommt wohl am besten zum Ausdruck in den trefflichen Ausführungen v. Scheurls in seinem gemeinen deutschen Eherecht:[2]) „Das aus einem gültigen Verlöbnis entstehende Verlöbnisverhältnis ist nach gemeinem Recht ein doppelartiges: es ist zugleich ein obligatorisches und ein familienrechtliches d. h. ein aus gegenseitigen Rechten der Verlobten aneinander bestehendes Rechtsverhältnis. Die gegenseitigen Rechte der Verlobten aneinander haben zum Inhalt die Verlöbnistreue (fides sponsalicia), die von wesentlich anderer Art ist als die Vertragstreue, wozu bei gegenseitigen Schuldverhältnissen die zwei oder mehreren Obligationssubjekte einander verpflichtet sind, und welche nur darin besteht, die genaue Erfüllung der gegenseitigen Vertragsverbindlichkeiten sich redlich angelegen sein zu lassen, vor allem folglich jeglicher Verhinderung der Möglichkeit ihrer Erfüllung sich zu enthalten. Verlobte sind sich nicht nur hierzu gegenseitig verpflichtet, sondern die Treue, welche sie einander schulden, bedeutet vornehmlich ein solches Verhalten gegen einander, daß sie sich bereits als mit ihrer ganzen Persönlichkeit einander angehörig betrachten, obgleich sie noch äußerlich getrennt von einander leben, indem ihre Vereinigung zu gemeinsamer Lebensführung und folgeweise auch zur geschlechtlichen Vereinigung der Zukunft vorbehalten ist." . . . . „Obligatorischer Natur ist das Verlöbnisverhältnis, insofern es zu seinem Inhalte die gegenseitige Verpflichtung zu der Handlung der Eheschließung hat." [3])

Diese Theorie hält zwar fest an der althergebrachten Anschauung, die die durch die Verlobung entstandene Verpflichtung zur Eheschließung als eine obligatorische auffaßte, sie wird aber der sittlichen und sozialen Bedeutung des Verlöbnisses dadurch besser gerecht, daß sie gleichzeitig durch die Verlobung noch ein familienrechtliches Rechtsverhältnis für entstanden erklärt, das die Verlobten gegenseitig zur Treue verpflichtet. Eine solche Theorie eignete sich naturgemäß sehr für die Praxis, in der sie denn auch rasch Aufnahme fand, sodaß sie zahlreichen Reichsgerichtsentscheidungen

---

[2]) S. 374. Vgl. auch v. Scheurl a. a. O. im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 388.

[3]) S. 376.

zugrunde liegt.[4]) Aber auch Männer der Wissenschaft haben sich ihr angeschlossen, sie wird auch für das heutige Recht noch vertreten von Dittenberger[5]) und Opet.[6]) — Freilich sind die Zugeständnisse, die diese Theorie dem praktischen Leben macht, auf Kosten der juristischen Konstruktion gegangen. Daß die Verlobung auch nach dieser Theorie ein obligatorischer Vertrag ist, ist klar, fraglich dagegen, ob sie nicht auch entsprechend dem durch sie geschaffenen obligatorischen und familienrechtlichen Verhältnis zugleich ein familienrechtlicher, auf Schaffung des Brautstandes gerichteter Vertrag ist. In den angeführten Reichsgerichtsentscheidungen wird m. E. diese Frage verneint, denn nachdem festgestellt ist, daß durch die Verlobung zugleich ein familienrechtliches Verhältnis geschaffen ist, wird dort regelmäßig hervorgehoben, daß hierdurch an der Natur der Verlobung als eines obligatorischen Vertrages nichts geändert werde.[7]) Auch Dittenberger und Opet geben keine klare Antwort auf diese Frage. Während Dittenberger a. a. O. S. 111 den Brautstand nicht sowohl in erster Linie als Zweck und Inhalt des Verlöbnisvertrages als vielmehr als die natürliche Folge des gegenseitigen Eheversprechens bezeichnet,[8]) spricht er doch S. 55 davon, daß die Schaffung des Rechtsstandes der Brautschaft neben der Verpflichtung zur Eheschließung einen wesentlichen Bestandteil des Verlöbnisvertrages d. i. der Verlobung bildet. M. E. ist letzte Auffassung die richtige, es muß dem obligatorischen und familienrechtlichen Verhältnis auch ein obligatorischer und ein familienrechtlicher Eingehungsvertrag entsprechen, denn es ist durchaus unerfindlich, wie ein rein obligatorischer Vertrag zugleich ein familienrechtliches Verhältnis als rechtliche Folge schaffen soll.[9])

[4]) Vgl. z. B. Entschdgn. des R. G. in Zivilsachen Bd. 20 S. 334, Bd. 23 S. 177, Bd. 29 S. 98.

[5]) a. a. O. S. 59/60.

[6]) a. a. O. S. 7.

[7]) Vgl. insbes. die Entscheidung Bd. 20 S. 334.

[8]) Dasselbe scheint Dittenberger a. a. O. S. 60 in seiner Verlöbnisdefinition zum Ausdruck bringen zu wollen, wenn er sagt, der Vertrag, ... welcher „inhaltlich" unter den Kontrahenten das familienrechtliche Band des Brautstandes begründet.

[9]) Dies bemerkt auch Glaser a. a. O. S. 77. Er bezeichnet eine solche Auffassung als einen Hinweis auf ein Kuriosum positiven Rechts.

Richtig ist allerdings, daß bei dem Verlobungsakt selbst die Parteien dies wohl kaum expressis verbis zum Ausdruck bringen werden, doch kann ich die deshalb von Glaser[10]) erhobenen Bedenken nicht teilen. Die Parteien verpflichten sich bei Eingehung der Verlobung durch diese oder jene Wortformel, künftig miteinander die Ehe eingehen zu wollen. Hierbei ist und muß, soll anders es sich um ein wirkliches Verlöbnis handeln, bei beiden zugleich der wenn auch nicht ausgesprochene Wille vorhanden sein, vorerst miteinander in ein bräutliches Verhältnis treten zu wollen, denn der Brautstand ist die begriffsmäßige und bestimmungsmäßige Vorbereitung der Ehe.[11]) Dies ist jedenfalls der Wille der Parteien und weiterhin ist ihre Absicht, wenigstens nach der Vertragstheorie, durch diesen Verlobungswillen Rechtswirkungen hervorzurufen. Welche juristische Natur diese Rechtswirkungen haben, darüber werden allerdings die wenigsten Brautleute bei der Verlobung reflektieren. Das ist aber auch nicht erforderlich. Zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehört es nicht, daß der Handelnde über jede einzelne Wirkung seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung sich Klarheit verschafft und sie in seinem Willen aufgenommen hätte; der Wille braucht nicht unmittelbar auf die Hervorbringung einer konkreten Rechtsfolge gerichtet zu sein, vielmehr tritt die Rechtsfolge gewissermaßen selbständig nach den Bestimmungen des objektiven Rechts ein, wenn nur der Handelnde die Herstellung des Tatbestandes als eines rechtlich normierten gewollt hat.[12])

Abgesehen von diesen Zweifelsfragen entstehen bei dieser Auffassung noch weitere nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Frage, wieweit das familienrechtliche Element im einzelnen Berücksichtigung finden soll im Verhältnis zur sonstigen obligatorischen Natur des Vertrages. Auf folgendes sei in dieser Beziehung nur kurz hingewiesen. Das B. G. B. trifft bekanntlich für das Verlöbnis keine besonderen Übergangsbestimmungen. Wie ist nun vom Standpunkte der Mischtheorie zu entscheiden? Hebt man das obligatorische Element hervor, so würde Art. 170 des Einführungsgesetzes zum

[10]) a. a. O. S. 78.

[11]) Stutz a. a. O. S. 41; Dittenberger a. a. O. S. 55.

[12]) Vgl. Endemann a. a. O. I S. 270 f., insbes. S. 274 f.

B. G. B. anzuwenden sein,[13]) hebt man das familienrechtliche Element hervor, Art. 198 f. a. a. O.[14])[15]) Und ferner, wie steht es in den Fällen, in denen die Grundsätze des internationalen Privatrechts zur Anwendung kommen müssen? Der Inhalt und die Wirkungen einer Obligation bestimmen sich auch unter der Herrschaft des B. G. B. nach der herrschenden Ansicht nach dem örtlichen

---

[13]) So Dittenberger a. a. O. S. 196.

[14]) So auch die Anhänger des rein familienrechtlichen Vertrags: Stutz a. a. O. S. 83; Habicht, Einwirkung des B. G. B. usw. S. 523 f.; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 14.

[15]) Interessant ist die Stellungnahme des Reichsgerichts hinsichtlich des Falles, wenn Eingehung und Bruch des Verlöbnisses vor dem 1. Januar 1900 liegen. Da hier der ganze anspruchsbegründete Tatbestand in die Zeit des alten Rechts fällt, so kann für diese Fälle, selbst bei der Auffassung des Verlöbnisses als eines familienrechtlichen Vertrags, prinzipiell nur das alte Recht zur Anwendung kommen. So auch Habicht a. a. O. S. 525; Stutz a. a. O. S. 83/84; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 14. Der Vorschrift des § 1297 Abs. 1 wird aber vom Reichsgericht in stehender Praxis ein reformatorischer und prohibitiver Charakter beigelegt, sodaß nach dem 1. Januar 1900 auf Eheschließung nicht mehr geklagt werden darf. Vgl. die Entscheidungen des R. G. in der Juristischen Wochenschrift 1900 [727], 1901 [138,384], 1902 [12], auch die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Band 2 S. 133. Durch diesen Ausschluß der Klage auf Eheschließung ist es aber in den meisten hier in Rede stehenden Fällen unmöglich gemacht, Ersatzansprüche wegen Verlöbnisbruchs nach altem Recht geltend zu machen, eben gerade deshalb, weil ja für diese Ansprüche und ihre rechtlichen Voraussetzungen das alte Recht maßgebend ist. Denn nach gemeinem Recht und nach dem Pr. A. L. R. war die Klage auf Eheschließung Vorbedingung für die Geltendmachung eines Ersatzanspruches, sofern nicht der eine Teil die Erfüllung des Verlöbnisses schuldhaft unmöglich gemacht hatte. So hatte nach gemeinem Recht der Teil, der vom Verlöbnis zurücktrat, dem anderen nur dann Entschädigung zu leisten, wenn er einer vorgängigen rechtskräftigen Verurteilung zur Vollziehung der Ehe gegenüber ungehorsam geblieben war, nach A. L. R. nur dann, wenn er nach Zustellung der auf Eingehung der Ehe gerichteten Klage seine Weigerung zur Eheeingehung vor Gericht wiederholte. Vgl. Koch, Kommentar zum A. L. R. Band III S. 26 Anm. 35. Da nun aber eine Klage auf Eheschließung nicht mehr statthaft ist, man auch den Wechsel der Gesetzgebung mit dem 1. Januar 1900 nicht als eine dem anderen Teil zur Last fallende schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung auffassen kann, so wird ein Entschädigungsanspruch nach altem Recht regelmäßig unbegründet, die Klage also abzuweisen sein. Vgl. die oben angeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

Rechte des Erfüllungsortes.[16]) Vom familienrechtlichen Standpunkt würde man die für die Ehe gegebenen Vorschriften des Einführungsgesetzes zum B. G. B., also die Art. 13, 14, 17 analog anzuwenden haben.[17]) Den besten Beweis für die durch diese Mischtheorie hier geschaffene Unklarheit liefert Opet, ein Anhänger dieser Theorie, selbst. In Sachen des internationalen Privatrechts entscheidet er familienrechtlich, in betreff der Übergangsbestimmungen obligationenrechtlich.[18])

§ 11.

Die Theorie des familienrechtlichen Vertrags.

I. Erkannten die Anhänger der eben behandelten Theorie schon neben der obligationenrechtlichen Betrachtungsweise des Verlöbnisses noch eine familienrechtliche an, so ist eine Reihe Schrift-

Wie ist nun hier zu helfen? Sind doch vielleicht auch für diese Fälle die §§ 1298 f. B. G. B. heranzuziehen? Habicht a. a. O. S. 525, insbes. S. 526 verneint dies anscheinend, ebenso wohl auch Stutz u. Schmidt u. Habicht a. a. O., da eben das neue Recht in diesen Fällen ein Verlöbnis nicht mehr vorgefunden habe. Das Reichsgericht hat dagegen diese Frage in seiner Entscheidung Juristische Wochenschrift 1902 [13] bejaht (schwankend noch Juristische Wochenschrift 1900 [728]), da die ganz außerordentliche Härte, daß in einem solchen Falle der verlöbnistreue Teil eines Entschädigungsanspruches völlig verlustig gegangen sei, vom Gesetz nicht beabsichtigt sein könne. Es sei daher davon auszugehen, daß es dem Sinne des B. G. B. entspräche, daß in solchen Fällen der abtrünnige Verlobte den anderen Verlobten nach Maßgabe derjenigen Bestimmungen, die das Gesetzbuch selbst im Anschlusse an den die Klage auf Eingehung der Ehe versagenden § 1297 getroffen habe, zu entschädigen verpflichtet sei.

Zu gleichen Ergebnissen wird man übrigens auch bei einem erst nach dem 1. Januar 1900 erfolgten grundlosen Rücktritt kommen, wenn man auch auf das Verlöbnis als einen obligatorischen Vertrag prinzipiell Art. 170 E. G. anwenden wollte, während man bei familienrechtlicher Betrachtungsweise des Verlöbnisvertrags in einem solchen Fall von vornherein in Analogie von Art. 201 E. G. ausschließlich neues Recht anzuwenden hätte. So auch Habicht a. a. O. S. 525, insbes. Anm. 1; Stutz a. a. O. S. 83; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 14.

[16]) Vgl. Cramer a. a. O. S. 45 vom Standpunkt des reinen obligatorischen Vertrages, ferner auch die oben § 9 Anm. 14 und 15 angeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

[17]) Richtig Stutz a. a. O. S. 84; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 13.

[18]) Opet a. a. O. S. 10.

steller noch einen Schritt weiter gegangen und hat unter Ablehnung jeder obligationenrechtlichen Betrachtungsweise auf das Verlöbnis die familienrechtliche für die allein mögliche und richtige erklärt. Das Verlöbnis ein rein familienrechtlicher Vertrag. Nicht nur hinsichtlich der Verlöbnistreue sondern auch hinsichtlich der unmittelbar auf die Eheschließung abzielenden Rechte und Pflichten der Verlobten handelt es sich nach dieser Theorie um familienrechtliche Rechte und Pflichten.

Die großen Vorzüge einer solchen Theorie liegen auf der Hand. Während vom Standpunkt des obligatorischen Vertrages die Vorschriften des B. G. B., die eine Klage auf Eheschließung aus dem Verlöbnis ausschließen, die Verabredung einer Vertragsstrafe verbieten und selbst eine Klage auf das Erfüllungsinteresse nicht zulassen, als positive Ausnahmesätze von den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts angesehen werden mußten, sind alle diese Vorschriften vom Standpunkt des familienrechtlichen Vertrags lediglich selbstverständliche Folgen dieser Theorie, denn rein familienrechtliche Rechte und Pflichten sind grundsätzlich unerzwingbar und dulden keinen Rechtszwang.[1])

Unter sich zerfallen die Anhänger dieser Theorie wieder in zwei Gruppen. Die einen[2]) sehen in dem Verlöbnis einen familienrechtlichen Vorvertrag, die andern[3]) einen familienrechtlichen Hauptvertrag. Im folgenden soll zunächst von der Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages die Rede sein.

II. Die Anhänger der Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages bleiben bei der althergebrachten Definition des Verlöbnisses

---

[1]) Vgl. Stobbe a. a. O. IV S. 2; Glaser a. a. O. S. 82.

[2]) So Endemann a. a. O. II S. 600; Zihlmann a. a. O. S. 143, S. 146 f., Nathan a. a. O. S. 70 f., wenn freilich letzterer auch schließlich einer anderen Theorie den Vorzug gibt.

[3]) So insbesondere Stutz und Glaser, ferner Habicht a. a. O. S. 523 f., Schmidt und Habicht a. a. O. S. 5; Enneccerus und Lehmann a. a. O. II S. 397; Friedberg a. a. O. S. 468; Dernburg a. a. O. IV S. 22; Ehrlich a. a. O. S. 177 f., insbes. S. 181. Vielleicht auch Cosack a. a. O. II S. 466, wenn freilich er das Wort „familienrechtlicher Vertrag" auch nicht gebraucht.

als gegenseitiges Eheversprechen stehen[4]) und nennen diesen Vertrag deshalb einen familienrechtlichen, nicht einen obligatorischen Vorvertrag, weil er zum Gegenstand hat den Abschluß des Eheschließungsvertrages d. i. eine familienrechtliche Leistung, einen familienrechtlichen Vertrag.[5]) Warum sie letzteres tun, ist klar. Weil sie von der Anschauung ausgehen, daß der Inhalt der Verlobung — das Versprechen künftiger Eheschließung — als eine nicht vermögenswerte Leistung nicht geeignet sei, den Gegenstand eines Schuldverhältnisses zu bilden.[6]) So gelangen sie folgerichtig zur Aufstellung der Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages.

Abgesehen davon, daß die Auffassung, dem Schuldverhältnis sei ein Vermögenswert der Leistung wesentlich, unrichtig, jedenfalls nicht die herrschende ist,[7]) so ist es überhaupt, wie sich bei näherem Eingehen auf diese Frage alsbald zeigen wird, nicht angängig, einen Vorvertrag deshalb einen familienrechtlichen zu nennen, weil er auf Abschluß eines familienrechtlichen Vertrages gerichtet ist, es wird sich vielmehr herausstellen, daß es familienrechtliche Vorverträge überhaupt nicht gibt.

Nathan[8]) bezieht sich bei seinen Ausführungen über die Möglichkeit familienrechtlicher Vorverträge einmal auf eine Stelle in der Abhandlung Degenkolbs „Zur Lehre vom Vorvertrag" im Archiv für die zivilistische Praxis[9]) und sodann auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 11. Januar 1892. Doch besagen m. E. beide Belege nicht das, was Nathan durch sie beweisen will.

[4]) Vgl. Endemann a. a. O. II S. 599; Nathan a. a. O. S. 1 u. S. 70. Die Arbeit Zihlmanns enthält keine Definition des Verlöbnisses.

[5]) So ausdrücklich Nathan a. a. O. S. 70 und S. 72; Zihlmann a. a. O. S. 146 f. Aber auch bei Endemann ist jedenfalls dieser Gesichtspunkt mit ausschlaggebend gewesen, von einem „familienrechtlichen" Vorvertrag, statt von einem „obligatorischen" zu reden, da auch er Vermögenswert der Leistung für ein Schuldverhältnis erforderlich hält. Vgl. Endemann a. a. O. I S. 626. Auch Stutz spricht deshalb von einem „familienrechtlichen" Vorvertrag, wie aus seinen Ausführungen S. 38 u. S. 46 mit Bestimmtheit folgt.

[6]) Vgl. Nathan a. a. O. S. 52 f.; Endemann a. a. O. I S. 626; Stutz a. a. O. S. 46.

[7]) Oben § 9 Anm. 18 und 19.

[8]) a. a. O. S. 72. Ähnlich Zihlmann a. a. O. S. 146/147.

[9]) Band 71 S. 1 ff.

Degenkolb spricht an der von Nathan angezogenen Stelle seiner Abhandlung [10]) über die Anwendungssphäre des Vorvertrages. Es handelt sich hier um eine Streitfrage. Während man früher, wie auch jetzt noch eine große Reihe Schriftsteller es tun,[11]) das Anwendungsgebiet der Vorverträge nur auf obligatorische Verträge beschränkte, d. h. nur Vorverträge zu obligatorischen Hauptverträgen für möglich hielt, tritt Degenkolb dieser Anschauung entgegen und führt aus: „Rein a priori betrachtet reicht die Anwendungssphäre des Vorvertrages soweit als der Begriff des Vertrages. Daraus ergibt sich, wenn nicht für das pactum de contrahendo, so doch für den Begriff des Vorvertrages, daß er sich auf die Zusicherung des Abschlusses obligatorischer Verträge nicht beschränkt. Er kann sich auf den Abschluß dinglicher Verträge richten, er kann sich auf den Abschluß familienrechtlicher Verträge beziehen." Hiermit will Degenkolb nur sagen, daß Vorverträge prinzipiell zu allen Arten von Hauptverträgen möglich sind, nicht aber will er damit sagen, daß ein Vorvertrag zu einem familienrechtlichen Hauptvertrag ein familienrechtlicher, ein Vorvertrag zu einem dinglichen Hauptvertrag ein dinglicher Vorvertrag sei.[12])

Ebensowenig meint die von Nathan angeführte Reichsgerichtsentscheidung,[13]) wenn sie von dem Verlöbnis als einem pactum de contrahendo im weiteren Sinne spricht, damit etwa einen „familienrechtlichen" Vorvertrag, heißt es doch in dieser Entscheidung,

[10]) a. a. O. S. 20.

[11]) So z. B. Göppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo, in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 404; Rehbein, Kommentar zum B. G. B. I S. 207.

[12]) So erwähnt Degenkolb a. a. O. S. 20 zum Beweise seiner Behauptung neben dem Verlöbnis auch das Versprechen einer Tradition im Verhältnis zur Übergabe, doch wird niemand daran denken — ganz abgesehen einmal davon, ob hier überhaupt mit Recht von einem Vorvertrage zu sprechen ist —, daß Degenkolb damit das Versprechen der Tradition einen dinglichen (d. h. dinglich wirkenden) Vorvertrag hat nennen wollen. Auch hätte Degenkolb bei der ihm beigelegten Auffassung zweifellos der Worte „familienrechtlicher", „dinglicher" Vorvertrag Erwähnung getan, zumal ja z. Z., als seine Abhandlung erschien — 1887 —, noch niemand an eine rein familienrechtliche Betrachtungsweise des Verlöbnisses dachte.

[13]) Entschdgn. des R. G. in Zivils. Bd. 29 S. 98.

nachdem zuvor davon gesprochen ist, daß das Verlöbnis zugleich ein familienrechtliches und ein obligationenrechtliches Verhältnis begründe, wörtlich weiter: „Außerdem aber und vor allem ist das Verlöbnis ein obligatorischer Vertrag, nämlich ein pactum de contrahendo im weiteren Sinne, ein Vorvertrag, wodurch sich die Paziszenten zwar nicht zur Eingehung eines Kontrakts im eigentlichen Sinne, wohl aber zur Eingehung des rein familienrechtlichen Vertrages der Eheschließung einander verpflichten." Also von einem familienrechtlichen Vorvertrag ist trotz der rein familienrechtlichen Leistung nicht die Rede. Und mit Recht, denn ein solcher ist überhaupt nicht denkbar. Ein familienrechtlicher Vorvertrag soll doch jedenfalls als Unterart des familienrechtlichen Vertrages auch ein familienrechtlicher Vertrag sein.[14]) Im Wesen des familienrechtlichen Vertrages aber liegt es, daß er auf die Begründung eines gegenwärtigen Zustandes, eben des Familienverhältnisses geht, auf die Begründung dieses Zustandes beschränkt sich der rechtsgeschäftliche Parteiwille, denn nicht unmittelbar auf dem Vertragsschluß, sondern auf dem durch diesen geschaffenen Familienstand beruhen die familienrechtlichen Ansprüche und Pflichten, gewissermaßen unabhängig von dem Parteiwillen vom Gesetz geregelt. Familienrechte sind insofern Zustandsrechte.[15]) Dagegen zielt der Vorvertrag lediglich auf das contrahere ab, auf zukünftigen Abschluß eines Vertrages. Der Vorvertragswille geht auf die Zukunft im Gegensatz zum Hauptvertragswillen, der auf ein reelles Leisten geht.[16])

Als Vorvertrag müßte demnach der Verlöbniswille auf die Zukunft, als familienrechtlicher Vertrag, wie aus den obigen Aus-

[14]) So Nathan selbst a. a. O. S. 62 oben.

[15]) Über diese Natur der familienrechtlichen Verträge und der Familienrechte vgl. Endemann a. a. O. II S. 585; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. II S. 393; Planck a. a. O. IV S. 3 u. 5; v. Scheurl a. a. O. S. 34; Ehrlich a. a. O. S. 177 f.; Wächter, Pandekten 1 S. 172 ff.; Stobbe a. a. O. IV S. 2; Stutz a. a. O. S. 59/60; Nathan a. a. O. S. 25; Glaser a. a. O. S. 71 Anm. 1 u. S. 82. Vgl. auch Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 5.

[16]) Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 22 und S. 51 f.; Stutz a. a. O. S. 35 auch Cosack a. a. O. I S. 307 u. a.

führungen folgt, auf die Gegenwart gehen. Wir sehen: Familienrechtlicher Vertrag und Vorvertrag sind nicht miteinander vereinbar. – Um das nochmals zu zeigen, braucht man nur Nathan selbst sprechen zu lassen. Seite 25 sagt er von den familienrechtlichen Rechten und Pflichten sehr richtig: „Sie basieren nicht auf dem Vertrage wie bei obligatorischen Kontrakten; sie ergeben sich kraft Sitte und Recht aus dem durch den Vertrag geschaffenen Familienstand." Und Seite 70 sagt er: „Nicht das Verlobtenverhältnis, sondern der Verlobungsakt ist das entscheidende Moment. Die Verpflichtung zur Eheschließung entspringt aus dem Eheversprechen, nicht aus dem Brautstand." Und doch legt Nathan dem Vorvertrag familienrechtliche, nicht obligatorische Natur zu, wie er ja auch die letzte Ansicht eingehend zu widerlegen versucht hat. Ebenso zeigen die Ausführungen Endemanns die Unmöglichkeit, Vorvertrag und familienrechtlichen Vertrag zu vereinen.[17]) Seite 599 definiert er das Verlöbnis als das wechselseitige Versprechen auf künftige Eingehung der Ehe. Seite 600 sagt er: „Diesem Tatbestande entspricht am besten die Rechtsauffassung, die das Verlöbnis als Vorvertrag oder Kaufalgeschäft zum Ehevertrage hinstellt, aber nicht als Vertrag im obligatorischen Sinne, sondern – als ein vertragsmäßig begründetes familienrechtliches Verhältnis" und in der Anmerkung 11 fügt er noch ausdrücklich hinzu: „Auf die Auffassung, daß ein familienrechtliches Verhältnis nach dem Vorbilde der Ehe vorliegt, ist das entscheidende Gewicht zu legen." Also zunächst redet Endemann von einem Versprechen auf künftige Eingehung der Ehe, also von einem auf die Zukunft gerichteten Vertrag, fährt dann aber fort, daß sich die Verlobung auf die Schaffung eines familienrechtlichen Verhältnisses nach dem Vorbilde der Ehe, also auf die Schaffung eines gegenwärtigen Zustandes richte. Letzteres entspricht zwar dem Wesen eines familienrechtlichen Vertrages. Ein solcher Vertrag aber kann als Vorvertrag nicht mehr bezeichnet werden, man müßte denn „den wissenschaftlichen Begriff des Vorvertrages soweit veräußerlichen und verflachen, daß er schließlich nicht viel mehr ausdrückt als die zeitliche Prävenienz

[17]) Auf das Unlogische der Endemannschen Ausführungen weisen gleichfalls hin Stutz a. a. O. 42 Anm. 1 und Nathan a. a. O. S. 69/70.

eines Vertrages im Verhältnis zu einem anderen, zu dem er inhaltlich nur gerade irgendwie in Beziehung steht."[18]) Die Unmöglichkeit seiner Auffassung hat denn Endemann auch jetzt eingesehen. Im ersten Bande seiner 8. Auflage führt er Seite 616, insbes. Anmerk. 5 aus, daß alle Vorverträge obligatorischer Natur seien, und kommt in Anmerkung 6 selbst zu dem richtigen Schluß, daß das Verlöbnis kein Vorvertrag im Verhältnis zur Ehe ist.

III. So kommt nur noch in Frage, ob es möglich ist, das Verlöbnis als familienrechtlichen Hauptvertrag — nach richtiger Auffassung gibt es überhaupt nur diese Form des familienrechtlichen Vertrages — zu konstruieren.

Diesen Schritt hat zuerst Stutz in eingehender systematischer Begründung zu tun gewagt. Auf seine Ausführungen ist jetzt einzugehen. Indem er den alten Satz Florentins, das Verlöbnis sei gegenseitiges Eheversprechen, als eitel Suggestion bezeichnet,[19]) vertritt er die Ansicht, daß die Parteien bei Abschluß des Verlöbnisses nicht die künftige Ehe, sondern den gegenwärtigen Brautstand wollen. „Ich möchte wissen, so führt Stutz aus,[20]) wie viele von den Paaren, die sich in Deutschland jahraus jahrein verloben, wirklich die künftige Ehe sich versprechen. Sie gestehen einander ihre Liebe, sie erklären, einander ganz und fürs Leben angehören zu wollen, sie schwören sich Treue. An die Eheschließung dürften im Augenblicke der Verlobung die wenigsten denken; das ist ein Gedanke, der erst hinterher, manchmal erst gegen Ende des Verlöbnisses in den Vordergrund tritt. . . . . Es ist ein Unterschied, ob man sich für etwas Künftiges binden will oder für etwas Gegenwärtiges. Die hergebrachte Theorie nimmt das erstere an. Aber zu Unrecht. . . . In Wahrheit wollen die Parteien etwas durchaus Gegenwärtiges. Sie wollen das innige, vertraute Verhältnis, das unsere Sitte den Verlobten gestattet und das Recht sanktioniert und festigt. Allerdings steht die Eheschließung im Hintergrunde, das Verlöbnis bereitet auf die Ehe vor. Aber die Verknüpfung

---

[18]) So treffend Glaser a. a. O. S. 84. Vgl. auch Nathan a. a. O. S. 70 vor II.

[19]) a. a. O. S. 39.

[20]) a. a. O. S. 40/41.

mit dem Verlöbniswillen ist keine subjektive, sondern eine objektive; die Parteien wollen nicht die künftige Ehe, sondern den gegenwärtigen Brautstand, der jedoch begriffsmäßig und bestimmungsmäßig in die Ehe ausmündet." — Aus dieser Anschauung heraus gewinnt dann Stutz eine neue Definition des Verlöbnisses und des Brautstandes:

„Verlöbnis im Sinne von Verlobung ist die gegenseitige Erklärung zweier Personen verschiedenen Geschlechts, daß sie miteinander in bräutliche Lebensgemeinschaft treten wollen" [21]) und „Verlöbnis im Sinne von Brautschaft oder Verlobtenverhältnis ist die Verbindung von Mann und Frau zu beschränkter, den Abschluß der Ehe zwischen ihnen vorbereitender Lebensgemeinschaft." [22])

Es kann nicht zweifelhaft sein, diese Theorie verdient mit Recht den Namen der des familienrechtlichen Vertrages. Wie bei der Eheschließung die Parteien den Ehestand, so schaffen sie bei der Verlobung den Brautstand. Wie die Ehegatten, so haben auch die Verlobten nun Pflichten gegeneinander, aber diese beruhen nicht auf dem Eheschließungsakt, nicht auf dem Verlobungsakt, sondern auf dem Ehestand, auf dem Brautstand. Der Ehestand verpflichtet zur ehelichen Treue, der Brautstand zur Verlöbnistreue. Wie jene hat diese eine doppelte Seite, eine negative und eine positive. Letztere begreift vor allem in sich die Mitwirkung zur Eheschließung.[23]) Ein juristisch schön aufgeführtes Gebäude, diese Stutzsche Theorie des familienrechtlichen Vertrages, aber richtig ist sie nicht.

Ich will ganz davon absehen, daß es unrichtig ist, den Brautstand eine, wenn auch nur beschränkte Lebensgemeinschaft zu nennen, denn alle jene Bestandteile, die für die Rechtsordnung den Begriff der Lebensgemeinschaft ausmachen, fehlen hier[24]) und gleich auf den Grundfehler in den Ausführungen Stutzs kommen.

---

[21]) a. a. O. S. 59.

[22]) a. a. O. S. 47.

[23]) Diese Analogie wird des näheren durchgeführt von Stutz S. 47 ff.

[24]) Vgl. darüber Opet a. a. O. S. 7 u. Friedberg a. a. O. S. 468. Auch hat Dittenberger a. a. O. S. 56/57 ganz recht, wenn er darauf hinweist, daß in vielen Fällen auch eine rein tatsächliche Lebensgemeinschaft in irgend welcher Form unter den Verlobten nicht besteht.

Dieser stellt sich zunächst dar als ein schwerer tatsächlicher Irrtum. Die Behauptung, die Parteien wollten bei der Verlobung nur etwas Gegenwärtiges, nur den Brautstand, nicht auch die künftige Ehe ist zweifellos durchaus falsch.[25]) Der Brautstand ist naturgemäß nicht Selbstzweck, mit ihm ist begriffsnotwenig die spätere Ehe gewollt. Eine „Verlobung", bei der nicht gleichzeitig der Wille künftiger Eheschließung vorhanden ist, würde höchstens als Anknüpfung eines Liebesverhältnisses aufzufassen sein. Das zeigen auch die Formen, in denen im täglichen Leben eine Verlobung geschlossen wird. Wohl fast ausnahmslos wird, jedenfalls in den niederen Kreisen, sich die Verlobung abspielen in dem Stellen der Heiratsfragen. „Willst Du mich heiraten" — „Willst Du die meine werden" — „Willst Du meine Frau werden" —, so werden diese Fragen regelmäßig lauten, denn es ist nur natürlich, daß die Parteien auf das, was ihnen als Ziel ihres ganzen Wollens, als Kernpunkt ihrer Absicht vorschwebt, auf die künftige Ehe auch ihre Worte abstellen. Dieser schwere tatsächliche Irrtum Stutzs ist denn auch allseitig sofort erkannt worden und hat ganz allgemein die schärfste Zurückweisung gefunden.[26])

Mit ihm verbindet sich aber bei Stutz gleichzeitig auch ein rein juristischer Fehler, ohne den wohl Stutz kaum zu seiner Behauptung, die Parteien wollten bei der Verlobung nur den Brautstand, nicht auch die künftige Eheschließung, gekommen wäre. Stutz geht offenbar von der Annahme aus, daß es im Wesen eines familienrechtlichen Vertrages liegen müsse, daß der Parteiwille ausschließlich auf Schaffung eines gegenwärtigen Familienstandes gehe, dieser Familienstand mindestens subjektiv Selbstzweck sein müsse. Darum leugnet er jede subjektive Verknüpfung der Eheschließung

[25]) Außerdem würde bei dieser Auffassung jede Unterscheidung zwischen Liebschaft und Verlöbnis unmöglich gemacht. Diese besteht doch ganz offenbar darin, daß in dem einen Falle die Absicht künftiger Eheschließung besteht, in dem andern nicht. Diese Antwort kann aber Stutz nicht geben, denn nach seiner Ansicht ist die Verknüpfung der Eheschließung mit dem Verlöbniswillen keine subjektive, sondern nur eine objektive.

[26]) So Dittenberger a. a. O. S. 51—61; Nathan a. a. O. S. 66—68; Cramer a. a. O. S. 20/21; Opet a. a. O. S. 7; Glaser a. a. O. S. 85/86; Staudinger a. a. O. IV. S. 6; Zihlmann a. a. O. S. 153 f.

mit dem Verlöbniswillen. Und mit dieser Auffassung des familienrechtlichen Hauptvertrages, richtiger des familienrechtlichen Vertrages steht Stutz auch nicht allein. Vielmehr sind eine ganze Reihe Schriftsteller, die sich nach Stutz mit der Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses beschäftigt haben, ganz offenbar derselben Ansicht, so insbesondere Nathan, Cramer, Dittenberger, Opet. Denn indem diese mit Recht daran festhalten, daß die Parteien bei der Verlobung in erster Linie an die künftige Eheschließung denken, halten sie damit auch die Auffassung des Verlöbnisses als eines familienrechtlichen Hauptvertrages bezw. eines familienrechtlichen Vertrages für widerlegt und unhaltbar und sind zu den Theorieen des obligatorischen Vorvertrags, des obligatorisch-familienrechtlichen Rechtsverhältnisses oder des familienrechtlichen Vorvertrags zurückgekehrt.

Und doch ist es klar, daß der Begriff des familienrechtlichen Vertrages durchaus nicht verlangt, daß bei einem solchen der Parteiwille ausschließlich auf Schaffung des gegenwärtigen Familienstandes gehe. Der Unterschied des familienrechtlichen Vertrages von den anderen Verträgen besteht doch nur darin, daß sich bei familienrechtlichen Verträgen die rechtsgeschäftliche Wirkung der Parteiwillenserklärungen darauf beschränkt, daß fortan zwischen den Parteien ein Familienstand — die Ehe, der Brautstand, das Kindschaftsverhältnis besteht, er ist das eigentlich durch die Parteierklärungen Geschaffene. Für den rechtlichen Inhalt des Familienstandes dagegen bildet der Eingehungsvertrag kein bestimmendes Moment, die Regelung dieses Zustandes ist grundsätzlich der Parteiwillkür entzogen, er ist durch die sittliche und rechtliche Ordnung objektiv bestimmt.[27]) Damit ist aber doch durchaus nicht gesagt, daß bei Eingehung familienrechtlicher Verträge sich der Parteiwille auf Begründung dieses gegenwärtigen Familienstandes beschränken müsse, daß er nicht auch gleichzeitig die weiteren rechtlichen Wirkungen, die sich aus dem Familienstand ergeben, mit umfassen dürfe; das

[27]) Vgl. die Literaturangaben oben bei Anm. 15, auch Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht IV S. 11. Freilich gilt das oben Gesagte nur mit Einschränkung. Vgl. z. B. § 1767 Abs. 1 B. G. B., ferner ist das eheliche Güterrecht grundsätzlich der freien Selbstbestimmung und beliebigen Änderung der Ehegatten unterstellt.

wird sogar regelmäßig der Fall sein, nur folgt aus den obigen Bemerkungen, daß dieser Wille insoweit — wenigstens regelmäßig — nicht in der Lage ist, Änderungen an den durch Sitte und Gesetz objektiv und zwingend geregelten, auf dem Familienstand beruhenden Rechtsfolgen zu bewirken.

So können wir trotz des Umstandes, daß dem Willen, sich zum Brautstand zu verbinden, begriffsnotwendig der Wille künftiger Eheschließung essentiell ist, durchaus an der rein familienrechtlichen Natur des Verlöbnisvertrages festhalten und brauchen so nicht auf die großen Vorteile, die diese Theorie vor den anderen Vertragstheorien gewährt,[28]) zu verzichten.

Der beiderseitige Verlöbniswille hat sonach ein doppeltes Moment: er geht auf das Verlobtenverhältnis, wenn er auch insoweit oft unausgesprochen bleiben mag, und auf die durch dieses vorzubereitende Eheschließung. Er schafft das durch Gesetz und Sitte souverän mit Rechten und Pflichten ausgestattete Verlobtenverhältnis, ein familienrechtliches Verhältnis, einen Familienstand und ist um deswillen ein familienrechtlicher Vertrag. Der Umstand, daß nach dieser Auffassung das Verlöbnis weder objektiv noch i. G. zur Stutzschen Theorie subjektiv Selbstzweck ist, nimmt ihr nicht die Berechtigung, als Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages,[29]) richtiger des familienrechtlichen Vertrags zu gelten, es handelt sich hier eben im Gegensatz zur Ehe nicht um ein dauerndes Verhältnis.[30])

---

[28]) Oben unter I dieses Paragraphen.

[29]) Deswegen hier etwa von einem familienrechtlichen Vorvertrag zu reden, ist, wie aus meinen Ausführungen unter II dieses Paragraphen, besonders bei Anm. 18 folgt, m. E. nicht richtig, würde vielmehr eine vollkommene Veräußerlichung und Verflachung des bisherigen wissenschaftlichen Begriffs des Vorvertrages bedeuten.

[30]) Auf eins sei an dieser Stelle noch hingewiesen. Ist nach dem Gesagten das Verlobtenverhältnis auch ein rechtliches, ein familienrechtliches, so ist es doch vorzugsweise und noch in weit höherem Maße als die Ehe ein sittliches. Zweifellos rechtlicher Natur ist neben der Treupflicht die auch nach dieser Theorie als Hauptpflicht aufzufassende Verpflichtung der Verlobten zur Eheschließung. Dagegen dürfte ein gut Teil der von Stutz und Glaser zu Rechtspflichten erhobenen Brautstandspflichten

Es fragt sich noch, ob wir vom Standpunkt dieser Theorie an der alten Definition des Verlöbnisses als eines gegenseitigen Eheversprechens festhalten sollen. Jedenfalls ist diese Definition nicht deshalb falsch, wie Stutz meint,[31]) weil der Verlöbniswille den Willen künftiger Eheschließung nicht in sich schließe. Glaser, der diesen Fehler Stutzs nicht mitmacht und mit Recht an der Theorie des familienrechtlichen Vertrags festhält, verwirft die alte Definition Florentins,[32]) weil man sich bei der Verlobung nicht die künftige Ehe verspräche, sondern die Verlobung die Kundgabe des Entschlusses, sich künftig zu heiraten, enthalte. Er definiert demgemäß[33]) die Verlobung als den familienrechtlichen Vertrag, durch den Mann und Frau sich zum Zwecke künftiger Ehe verbinden oder noch kürzer als die Verbindung von Mann und Frau zum Zwecke künftiger Ehe. Dem ist m. E. beizupflichten. Denn einmal wird in der Tat sich die Verlobung wohl nur selten als ein gegenseitiges Heiratsversprechen abspielen; anderseits entspricht die Glasersche Definition auch weit mehr dem als richtig befundenen Charakter des Verlöbnisses als eines familienrechtlichen Vertrages, denn ein bloßes Versprechen, etwas tun zu wollen, bringt in nichts zum Ausdruck, daß eine familienrechtliche Gebundenheit, ein gegenwärtiger Familienstand dadurch ins Leben gerufen werden soll, wohingegen die Worte „sich verbinden" oder die Be-

nicht rechtlicher, sondern nur sittlicher Natur sein und von beiden nur deshalb zu Rechtspflichten gestaltet sein, da beide offenbar bestrebt sind, einen möglichst umfassenden, mit möglichst vielen Rechtswirkungen ausgestatteten Brautstandsbegriff zu erhalten. Die in dieser Hinsicht gebrachten Ausführungen Stutzs S. 56 f. u. Glasers S. 89 sind nur Behauptungen ohne Beweise. — So konstruiert z. B. Stutz S. 56/57 eine Pflicht des einen Verlobten, bei nicht stichhaltiger Verweigerung des Ehekonsenses seitens des gesetzlichen Vertreters oder elterlichen Gewalthabers auf richterliche Ergänzung der fehlenden Einwilligung zu klagen. Das ist gewiß nicht richtig. Eine Verpflichtung zur Erteilung des Konsenses insofern, als bei Weigerung desselben er durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, besteht nur in den Fällen der §§ 1304 Abs. 2 u. 1308 B. G. B. Vgl. auch Staudinger a. a. O. IV S. 10 unter IV b.

[31]) a. a. O. S. 39 f.

[32]) a. a. O. S. 86/87.

[33]) a. a. O. S. 88.

zeichnung der Verlobung als einer „Verbindung" geradezu auf den durch sie geschaffenen Familienstand hinweisen, wie man denn auch herkömmlich die Ehe als eine „Verbindung" von Mann und Weib bezeichnet.[34]) [35])

§ 12.

Ergänzung zu den §§ 9—11.

Auf zwei Punkte ist im folgenden noch einzugehen, die für alle Vertragstheorieen in gleichem Maße Geltung haben.

I. Die §§ 1298 f. gewähren Ersatzansprüche nicht nur dem verlöbnistreuen Teil, sondern auch dritten Personen, den Eltern desselben, sowie denen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben. Wie sind diese Ersatzansprüche dritter Personen aus dem Verlöbnisbruch rechtlich zu erklären? Die Anhänger der obligatorischen Vertragstheorieen machen, soweit ich sehen kann, überhaupt keinen Versuch, diese zu erklären und führen nur an, daß diese Bestimmungen aus Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit getroffen sind.[1]) Aus einem obligatorischen Vertrage erwachsen Rechte und Pflichten nur für die Vertragsteile, es müßte sich denn um einen Vertrag zugunsten Dritter handeln. Daß ein solcher aber beim Verlöbnis auch nicht nebenher getroffen wird, liegt auf der Hand. Aber auch vom Standpunkt des familienrechtlichen Vertrags kann man diese Ersatzansprüche Dritter nicht erklären. Stutz[2]) beruft sich darauf, daß die Verlobung eine Familienangelegenheit sei, und

---

[34]) Vgl. oben § 1, insbes. Anm. 1.

[35]) Daß die Auffassung des Verlöbnisses als eines familienrechtlichen Vertrages jetzt in der Theorie als die herrschende bezeichnet werden kann, folgt aus der Aufführung ihrer Vertreter in Anm. 3 dieses Paragraphen. Aber auch das Reichsgericht hat sich in einer Entscheidung vom 24./10. 04 (Entschdgn. des R. G. in Zivils. Bd. 59 S. 103) und, wenn auch nicht ganz bestimmt, in einer Entscheidung vom 21. September 1905 (Deutsch. Jur. Zeitung 1905 S. 1062) für diese Theorie erklärt, während die Reichsgerichtsentscheidungen in der Jur. Wochenschrift 1900 [727], 1901 [138/384], 1902 [12] nur beweisen, daß das Reichsgericht an der Vertragsnatur des Verlöbnisses festhält.

[1]) Vgl. z. B. Dittenberger a. a. O. S. 171 f.; Cramer a. a. O. S. 67, 68.

[2]) a. a. O. S. 80.

Nathan[3]) will wohl dasselbe sagen, wenn er anführt, das Verlöbnis sei vom Standpunkt dieser Theorie nicht mehr ein Versprechen gegenüber einer bestimmten Person, sondern ein Akt, durch welchen jeder Verlobte gewissermaßen schon der Familie des andern eingegliedert werde. Das ist nicht richtig. Ganz abgesehen davon, daß hiermit doch keineswegs die Ersatzansprüche der Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, erklärt werden, die ja durchaus nicht zur Familie des anderen Verlobten zu gehören brauchen, so ist es doch auch nicht zutreffend, daß der eine Verlobte durch die Verlobung bereits der Familie des andern eingegliedert werde, rechtlich — und darauf kommt es ja doch allein an — jedenfalls nicht. Denn der eine Verlobte hat weder ein Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber den Eltern des andern, noch ist er Angehöriger derselben im Sinne von § 52 Abs. 2 Str. G. B. Auf das Verhältnis des Verlobten zu den Verwandten des andern Teils nimmt das Gesetz nirgends Rücksicht. Überdies würden die erwähnten Anführungen Stutzs und Nathans, selbst wenn sie zutreffend wären, doch nichts erklären.[4])

So müssen die Anhänger der Vertragstheorie auf eine rechtliche Erklärung dieser Ersatzansprüche verzichten und auf die Billigkeit und das im Volke lebende Rechtsbewußtsein Bezug nehmen. Sie können das umso eher tun, als auch bei Einfügung dieser Vorschrift in das Gesetz ausdrücklich betont wurde, sie sei zweifellos positiv, empfehle sich aber aus Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit.[5])

II. Die Anhänger der Vertragstheorie betonen fast ausnahmslos, daß das Gesetz den Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt freistelle.[6]) Diesen Satz haben einzelne als Angriffspunkt gegen die

[3]) a. a. O. S. 66 vor II.

[4]) So richtig Glaser a. a. O. S. 91/92.

[5]) Vgl. Motive IV S 4 bei Mugdan a. a. O. IV S. 3. Für Eltzbacher a. a. O. I S. 181,182 genügt dagegen dieser Punkt allein zur Ablehnung der Vertragstheorie.

[6]) So Stutz a. a. O. S. 28, S. 77/78; Dittenberger a. a. O. S. 26, 123, III 2, 125, 146; Cramer a. a. O. S. 15; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 6, S, 12 unter 4; Opet a. a. O. S. 11; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. II S. 399; Planck a. a. O. IV S. 10. A. M. nur Glaser a. a. O. S. 61/62.

Deliktstheorie verwandt.[7]) Er würde aber, falls richtig, nicht minder stark gegen jede Vertragstheorie sprechen. Seine Richtigkeit soll jetzt untersucht werden lediglich vom Standpunkt der Vertragstheorieen, denn die in dieser Beziehung hier anzustellenden rechtlichen Erörterungen decken sich nicht vollkommen mit denen, die vom Standpunkt der Deliktstheorie anzustellen sein werden.

Wie die Anhänger der Vertragstheorie zu dem Satze kamen, das Gesetz stelle den Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt frei, ist nicht allzu schwer zu ergründen. Schließen zwei Personen einen Vertrag, so sind sie auch grundsätzlich an diesen Vertrag gebunden, keine Partei kann durch einseitige Aufkündigung eine Auflösung des Vertragsverhältnisses herbeiführen, sich den vertraglich übernommenen Verpflichtungen einseitig entziehen. Aber die Parteien können einerseits die Möglichkeit einer solchen einseitigen Aufkündigung vertraglich ausmachen, anderseits gibt das Gesetz in zahlreichen Fällen eine solche Möglichkeit. Man spricht dann von einem vertragsmäßigen bzw. gesetzlichen Rücktrittsrecht.[8]) Steht dagegen einem einseitig das Vertragsverhältnis Aufkündigenden ein Rücktrittsrecht nicht zur Seite, so hat eine derartige Erklärung auch nicht die Wirkung einer Auflösung des Vertragsverhältnisses. Diese Sätze gelten für alle Verträge in gleichem Maße. Auch für familienrechtliche. Wenngleich bei letzteren eine Klage und ein Rechtszwang auf Erfüllung der vertraglichen, rein familienrechtlichen Pflichten grundsätzlich ausgeschlossen ist und so die Auflösung des Familienverhältnisses oft der einzig erfolgreiche Ausweg ist,[9]) so ist doch damit nicht gesagt, daß jeder Teil durch einseitige Aufkündigung die Lösung des vertraglich geschaffenen Familienstandes herbeiführen könnte.[10])

---

[7]) So Stutz, Dittenberger und Cramer. Vgl. darüber unten § 16 unter II, c.

[8]) Rücktritt hier im weitesten Sinne. Vgl. Endemann a. a. O. I S. 846 f., insbes. S. 850; Oertmann a. a. O. S. 88.

[9]) Vgl. Stobbe a. a. O. IV S. 2; Stutz a. a. O. S. 59.

[10]) Ein Hinweis auf die Ehe — Ehescheidung nur in engen Grenzen möglich — genügt. Das Adoptionsverhältnis kann sogar nie einseitig, sondern nur durch Vertrag aufgehoben werden. §§ 1768 f. B. G. B.

Diese Grundsätze galten ehedem auch zweifellos für das Verlöbnis. Man kannte ein beschränktes Rücktrittsrecht vom Verlöbnis und nur ein solches. Wir sahen: Rücktrittserklärung ohne Rücktrittsrecht hat nicht die Wirkung einer solchen mit Rücktrittsrecht, eine solche Erklärung ist vielmehr rechtlich nichts weiter als eine Art Erfüllungsverweigerung. So auch beim Verlöbnis. Trat ein Teil unbegründeter Weise zurück, d. h. verweigerte er die Erfüllung, so konnte der andere Teil auf Erfüllung, auf Eheschließung klagen. Auch konnte er, falls das Verhalten des grundlos Zurückgetretenen ein derartiges war, daß es dem andern Teil zum Rücktritt vom Verlöbnis selbst berechtigte, seinerseits nunmehr rechtsmäßig mit Auflösungswirkung zurücktreten.[11]) Während früher diese Klage gegen den grundlos Zurückgetretenen bzw. die Erfüllung Verweigernden nach Verurteilung zur Eheschließung durch Zwangstrauung bzw. durch Zwangsmittel ihre folgerichtige Wirkung hatte, konnte späterhin nach Verwerfung eines solchen direkten Zwanges bei Weigerung des Verurteilten auf Entschädigung erkannt, ja bisweilen alternativ von vornherein auf Eheschließung oder Entschädigung geklagt werden, schließlich nach Verwerfung der Eheschließungsklage überhaupt nur auf Entschädigung, sei es auf das Erfüllungsinteresse oder nur auf den Ersatz des positiven Schadens. Aber auch das bedeutete keine prinzipiell andere Auffassung.[12]) Auch jetzt noch blieb der, der grundlos vom Verlöbnis zurücktrat, einer, der die Erfüllung verweigerte. Als Ersatz für die Klage auf Eheschließung trat die Klage auf Entschädigung. So heißt es in einer Entscheidung in Seufferts Archiv Band XVI (neue Folge) Nr. 196 S. 312: „Die Klage auf Entschädigung wegen Bruches des Verlöbnisses setzt auch jetzt noch voraus, daß der verletzte Teil nach wie vor bereit ist zu erfüllen, während der andere Teil sich dessen weigert; denn der Anspruch auf Entschädigung bleibt immer nur ein Ersatz für den verweigerten Ehevollzug." Und folgerichtig

[11]) Vgl. z. B. eine Entscheidung in Seufferts Archiv, neue Folge, Bd. XVI Nr. 196 S. 312. Nach Pr. A. L. R. nur, wenn die Weigerung des Zurückgetretenen eine beharrliche war, d. h. auch noch in der Klagebeantwortung fortgesetzt wurde. Vgl. Koch, Kommentar zum Pr. A. L. R. III S. 26 Anm. 35.

[12]) Das bemerkt auch Stutz a. a. O. S. 7/8.

konnte bei einer solchen Auffassung der Entschädigungsklage der Beklagte der Leistung der Entschädigung dadurch entgehen, daß er sich zur Abschließung der Ehe bereit erklärte.[13]) So heißt es in der angeführten Entscheidung weiter: „Sobald sich der beklagte Teil auch nach Anstellung der Klage noch erbietet, statt Leistung der Entschädigung seiner Verbindlichkeit zum Abschluß der Ehe nachzukommen, so fällt der Anspruch weg."[14]) Also unbegründeter Rücktritt löste das Verlöbnis nicht etwa auf, der auf Grund desselben auf Entschädigung klagende Teil mußte nach wie vor noch zur Erfüllung bereit sein, der Beklagte konnte seiner noch bestehenden Verpflichtung zur Eheschließung noch nachkommen und so die Geldentschädigung abwenden.

Das alles ist im B. G. B. durchaus anders. Jeder Rücktritt, mag er begründet sein oder nicht, hat die Auflösung des Verlöbnisses zur Folge. Weder verlangt das Gesetz, daß derjenige, der auf Grund des Rücktritts des andern auf Entschädigung klagt, noch seinerseits zur Eheschließung bereit ist, noch kann der Beklagte seiner Ersatzpflicht durch Bereiterklärung zur Eheschließung entgehen,[15]) denn nach erfolgtem Rücktritt besteht auf keiner Seite mehr irgend eine Pflicht zur Eheschließung. Ebenso undenkbar ist, daß nach erfolgtem grundlosen Rücktritt der andere Teil noch seinerseits von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen könnte.[16]) Wir sehen: Der grundlose Rücktritt ist wie der begründete wirksam, er hat Auflösungswirkung, eine Wirkung, die sonst nur ein Rücktrittsrecht gewährt.

Es ist klar, daß auf Grund dieser Erwägungen hin die Anhänger der Vertragstheorie zu dem Schluß gekommen sind, das Gesetz stelle den Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt frei.

Trotzdem muß die Richtigkeit desselben auch vom Standpunkt der Vertragstheorie entschieden bestritten werden, soll anders diese Theorie überhaupt Anspruch auf Annahme erheischen. Denn stände

---

[13]) Vgl. Stobbe a. a. O. IV S. 21/22 unter 4 c.

[14]) Vgl. auch eine weitere, inhaltlich gleiche Entscheidung in Seufferts Archiv Bd. XXXVIII, Nr. 131 S. 174.

[15]) Richtig Cramer a. a. O. S. 72/73.

[16]) Vgl. oben bei Anm. 11.

kraft Gesetzes der Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt frei, so würde das Gesetz in unlösbaren Widerspruch mit sich selbst geraten, wollte es sagen: Der Rücktritt vom Verlöbnis steht frei, aber wenn Du zurücktrittst, handelst Du gegen eine rechtsgeschäftliche Pflicht.[17]) Das Gesetz würde dann dieselbe Handlung, den Rücktritt, einmal für erlaubt und dann für verboten erklären. Dann müßte man auch hier bei den Ersatzansprüchen des Verlobten wie bei denen Dritter sagen, auch diese Ersatzpflicht beruht auf der Billigkeit und dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein,[18]) nicht auf der Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht. Dann aber wäre die Aufstellung der Vertragstheorie für das Verlöbnis ein leeres Gebäude, nicht nur völlig zwecklos, sondern sogar schädlich, da sie die Möglichkeit, eine anderweite rechtliche Grundlage für die Verlöbnisbruchfolgen zu finden, nur erschweren würde.

Wenn wir also vom Standpunkt der Vertragstheorie mit gutem Grunde an dem Satze festhalten, daß das Gesetz den Rücktritt vom Verlöbnis nicht unbedingt freistellt, so kann das nach den obigen Ausführungen nur den Sinn haben, daß unbegründeter Rücktritt zwar verboten, aber trotzdem wie der begründete das Verlöbnis auflöst und nur die schwächere Wirkung der Begründung einer Ersatzpflicht hat. Man könnte vielleicht zum Vergleich die Fälle heranziehen, wo das Gesetz die unzeitige Kündigung mit der Maßgabe verbietet, daß zwar auch sie die Beendigung des Vertragsverhältnisses bewirkt, aber, wenn grundlos, zum Schadenersatz verpflichtet.[19]) Freilich enthält das B. G. B. hier nicht wie in den angeführten Stellen eine derartige ausdrückliche Verbotsbestimmung, diese müssen wir hier vielmehr als der Schadenersatzpflicht aus § 1298 B. G. B. stillschweigend zugrunde liegend ergänzen, wozu wir allein schon im Hinblick darauf berechtigt sind, daß es

[17]) Auf diesen Widerspruch hat zuerst treffend hingewiesen Hellmann a. a. O. S. 220. Vgl. auch die bei Zihlmann a. a. O. S. 120/121 abgedruckte Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts.

[18]) So sagt Enneccerus u. Lehmann a. a. O. II S. 399 ganz logisch: Der Rücktritt vom Verlöbnis steht jedem Verlobten jederzeit frei. Doch ist es als der Billigkeit entsprechend betrachtet, demjenigen Verlobten die Pflicht zum Ersatz aufzuerlegen. . . . .

[19]) §§ 627 Abs. 2, 671 Abs. 2, 723 Abs. 2 B. G. B.

grundsätzliche Rechtspflicht ist, beim Vertragsverhältnis zu beharren; die Geltung dieses Rechtsgrundsatzes auch für das Verlöbnis kommt aber schon in der Verteilung der Beweislast im § 1298 B. G. B. zum Ausdruck. Der Zurückgetretene verfällt der Ersatzpflicht, sofern er nicht beweist, daß ihm ein wichtiger Grund zum Rücktritt d. h. ein Recht zum Rücktritt zur Seite stand.

2. Die Tatsächlichkeitstheorieen.

§ 13.

Einleitung. Die sogenannte Theorie der Billigkeitsnormen.

I. Hat sich im Laufe der vorhergehenden Erörterungen unter den Vertragstheorieen auch bereits eine Theorie gefunden, deren unbedingter Annahme m. E. nichts im Wege steht, so soll doch im folgenden auch noch auf die andere große Gruppe der Konstruktionsversuche, die das Verlöbnisrecht des B. G. B. gefunden hat, auf die Tatsächlichkeitstheorieen eingegangen werden, da es ja zugleich Zweck dieser Arbeit sein soll, jede einzelne der aufgestellten Verlöbnistheorieen auf ihren Wert bzw. Unwert zu prüfen und man wohl auch nicht ohne weiteres unterstellen kann, daß die Rücktrittsfolgen beim Verlöbnisse nur von einem rechtlichen Gesichtspunkte aus verstanden werden können.

II. Die Tatsächlichkeitstheorie braucht eine Erklärung für die gesetzlichen Bestimmungen des § 1297 B. G. B. nicht, denn diese sind selbstverständliche Folgen der Annahme, daß Verlobung wie Brautstand rein tatsächlicher Natur sind. Dieser Umstand, daß § 1297 vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie überflüssig ist, spricht jedenfalls nicht für diese Theorie. Wer soweit geht, darin schon per argum. e contrario einen vollen Beweis für die alleinige Richtigkeit der Vertragstheorie zu erblicken,[1]) für den ist hierdurch schon über jede Tatsächlichkeitstheorie der Stab gebrochen. — Dies vorausgeschickt, so hat auch die Tatsächlichkeitstheorie die Aufgabe, für die Bestimmungen der §§ 1298 bis 1300 B. G. B. nach

[1]) Vgl. darüber oben § 7 unter VII von Anm. 55 an.

einer rechtlichen Grundlage zu suchen.[2] [3]) Als eine solche ist nicht anzusehen der Hinweis auf die Billigkeit und das im Volke lebende Rechtsbewußtsein als Erklärung für die Verlöbnisbruchfolgen.[4]) Das ist in Wahrheit keine Konstruktion, sondern ein Verzicht auf eine solche.[5]) Denn in letzter Linie beruhen alle Rechtssätze auf der Billigkeit oder sollten es wenigstens. Aufgabe des Juristen aber ist es, ihre rechtliche Natur zu ergründen und sie auf einheitliche juristische Gesichtspunkte zurückzuführen. Nur in äußersten Notfällen erscheint als ultima ratio ein solcher Hinweis auf die Billigkeit statthaft.[6]) „Solange es aber eine Möglichkeit gibt, die Schadensersatzpflicht mit dem Wesen des Verlöbnisses zu verknüpfen, solange dürfen wir zu einer solchen Verlegenheitsauskunft nicht greifen." [7])

§ 14.

Die Theorie des Garantieversprechens.

Sie wird von Unzner in Plancks Kommentar bei der Aufzählung der möglichen Tatsächlichkeitstheorieen mit angeführt.[1]) Weitere Anhänger hat sie, soweit ich sehen kann, nicht erworben. Diese Theorie führt allerdings die Verlöbnisbruchfolgen auf einen Vertrag zwischen den Parteien zurück, dennoch gehört sie nicht zu

---

[2]) § 1301 B. G. B. kommt bei dem Streit der Theorieen nicht weiter in Betracht. Er ist im Gesetz als Kondiktionsfall gedacht, wobei es im allgemeinen gleichgültig ist, welche rechtliche Natur man dem Verlöbnis beimißt. Vgl. über ihn die Ausführungen bei Dittenberger a. a. O. S. 130 f.; Cramer a. a. O. S. 74 f.

[3]) Daß die sonstige Rücksichtsnahme des Rechts auf das Verlöbnis, insbes. im öffentlichen Recht vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie ebensogut erklärlich ist wie vom Standpunkt der Vertragstheorie, ist bereits oben im § 7 unter IV dargetan.

[4]) So Rosenthal, Das B. G. B. S. 356; F. Kohler, Eherecht S. 2; Philler, Vorlesungen über das B. G. B. S. 278. Vgl. auch Motive IV S. 3, bei Mugdan a. a. O. IV S. 2 und Denkschrift IV S. 160, bei Mugdan a. a. O. IV S. 1139.

[5]) So Dittenberger a. a. O. S. 25.

[6]) Naturgemäß z. B. bei Frist u. Zeitbemessungen, Wertberechnungen ꝛc.

[7]) Stutz a. a. O. S. 27 Anm. 4.

[1]) Planck a. a. O. IV S. 8.

den Vertragstheorieen,[2]) sondern zu den Tatsächlichkeitstheorieen.[3]) Denn nach ihr ist das Verlöbnis selbst ein nudum factum, die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen den Verlobten beruhen lediglich auf einer Nebenabrede zwischen den Verlobten, nämlich auf dem gegenseitigen Versprechen, für den Schaden aufzukommen, der dem andern Teil aus dem grundlosen Abbruch der durch das Verlöbnis hergestellten tatsächlichen Beziehungen oder aus der Veranlassung zu solchem erwachsen könnte. — Daß diese Theorie dem Wesen und der sittlichen Bedeutung des Verlöbnisses nicht im entferntesten gerecht wird, bedarf keines weiteren Beweises. Ich möchte das Brautpaar kennen, daß beim Abschluß des Verlöbnisses auch nur irgendwie an eine solche Nebenabrede dächte. — Ist so diese Theorie an sich schon durch und durch verkünstelt, so ist sie auch noch aus zwei weiteren Gründen unannehmbar.

Einmal setzt sie sich in Widerspruch mit der positiven gesetzlichen Bestimmung des § 1297 Abs. 2 B. G. B. Wenn die Parteien sich einmal Garantie für den etwaigen Vermögensverlust geben wollen, so ist durchaus unerfindlich, warum sie dies nicht auch durch eine von vornherein fest bestimmte Haftsumme tun können.

Außerdem läßt diese Theorie die Ersatzansprüche der Eltern und derjenigen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben, völlig unaufgeklärt, denn daß die Parteien bei Eingehung des Verlöbnisses gleichzeitig auch einen Vertrag zugunsten Dritter, ja sogar z. T. noch unbekannter Dritter abschließen, wird niemand behaupten wollen.[4])

§ 15.

Die Theorie der culpa in contrahendo.

I. Eine Reihe von Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie sucht die Folgen des Verlöbnisbruches auf eine sogenannte culpa in contrahendo zurückzuführen. So Jacobi, Matthiaß und

[2]) Hierzu zählt sie Stutz a. a. O. S. 30/31, wenngleich er auch ihre Zuzählung zu den Tatsächlichkeitstheorieen für möglich hält.

[3]) So auch Nathan a. a. O. S. 30.

[4]) Wie hier Stutz a. a. O. S. 31; Nathan a. a. O. S. 29 f.

A. Engelmann.[1]) In diesem Sinne wenigstens werden die diesbezüglichen Ausführungen der Genannten ganz allgemein aufgefaßt.[2])

Als Abschluß des contrahere im Sinne dieser Theorie kann nur die Eheschließung verstanden werden, die Verlobung würde hiernach den Beginn der Vertragsvorverhandlungen, der Brautstand ihren Fortgang darstellen. Das Gekünstelte auch dieser Auffassung bedarf keiner Hervorhebung.

Auch würde nach ihr der Begriff der culpa in contrahendo weiter zu verstehen sein, als was man sonst darunter zu begreifen pflegt, nämlich daß „derjenige für Schadensersatz haftet, der schuldhafter Weise Angaben machte, welche bei dem andern Teil die irrtümliche Vorstellung erwecken mußten, daß er einen rechtsbeständigen Vertrag abschließe.[3]) Denn eine solche culpa ist nicht die, welche nach den §§ 1298, 1299 B. G. B. zum Schadensersatz verpflichtet. Vielmehr müßte die culpa hier zu finden sein, einmal in dem grundlosen Rücktritt und dann in der schuldhaften Veranlassung zum Rücktritt.

Aber wenn das Verlöbnis weiter nichts ist als Vertragsvorverhandlungen zur Ehe,[4]) so ist nicht ersichtlich, wie in dem, wenn auch grundlosen Rücktritt und demnach ebenso in der Veranlassung

---

[1]) Auch Unzner bei Planck a. a. O. IV S. 8 hält diese Theorie für möglich. Bei Jacobi a. a. O. S. 19 heißt es: Diese Ersatzansprüche beruhen auf dem Grundsatz, daß, wer andere zu kostspieligen Maßnahmen veranlaßt, die Folgen zu tragen hat, falls der Zweck durch sein Verschulden vereitelt wird (culpa in contrahendo); bei Matthiaß a. a. O. II S. 227: Der Anspruch gründet sich darauf, daß der Verpflichtete durch sein Verhalten die Maßnahmen des Berechtigten hervorrief und ihren Zweck dann selbst schuldhaft vereitelte; bei A. Engelmann a. a. O. S. 635: Die Verlobten konnten auf die Eingehung der Ehe rechnen und müssen daher insoweit entschädigt werden, als sie in jener Erwartung Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind.

[2]) So von Stutz, Dittenberger, Hellmann, Nathan, Opet und Glaser.

[3]) So Dernburg, Pandekten II S. 27.

[4]) Diese Theorie steht im engen Zusammenhang mit der Auffassung, die in dem Verlöbnis eine Probezeit sieht. Das darüber oben im § 6 unter II Gesagte gilt demnach auch hier.

zum Rücktritt eine culpa gefunden werden soll, denn Vertragsunterhandlungen, wenn auch willkürlich, abbrechen – und als weiter nichts stellt sich ja der Rücktritt nach dieser Theorie dar – ist das Recht eines jeden und der andere Teil mußte wissen, daß er derartiges zu befahren habe.[5]) Wohl kaum sind die Anhänger dieser Theorie der Ansicht, daß ein jeder, der Vertragsverhandlungen anknüpft, dann aber wieder aus diesem oder jenem Grunde von dem Abschluß des Vertrags Abstand nimmt, hierfür dem andern Teil schlechtweg zum Schadensersatze verpflichtet ist. Von einer culpa bei diesen Vorverhandlungen zur Ehe könnte man nur etwa in den Fällen sprechen, welche J. Kohler, ein Anhänger des Probezeitdogmas, in seiner Studie „Die Ideale im Recht" Seite 69 und 70[6]) im Auge hat, „wenn es dem einen Teil gar nicht ernst gewesen ist mit der Verlobung und er die Frauensperson von Anfang an über seine Absicht getäuscht hat, wenn er mit einem Weibe gespielt hat, aus Laune, Übermut, der Unterhaltung wegen oder gar aus pekuniären Motiven oder wenn gar jemand ein Heiratsversprechen gegeben hat, um das Weib zu verführen", oder auch in den von Glaser a. a. O. S. 68 angeführten Fällen; aber das sind, wie Glaser weiter richtig sagt, eben nicht die alleinigen Fälle der §§ 1298 f. B. G. B.

Zeigt sich so schon die Theorie der culpa in contrahendo nicht imstande, die Verlöbnisbruchfolgen rechtlich zu erklären, so gebe ich auch Stutz[7]) weiter darin recht, wenn er sagt: „Die Theorie der culpa in contrahendo stellt die tatsächlichen Verhältnisse geradezu auf den Kopf: Nicht weil etwas nicht zustande gekommen ist, tritt die Haftung ein, sondern, wie das Gesetz deutlich ergibt, weil etwas Zustandegekommenes rückgängig gemacht wird".[8])

---

[5]) So Dernburg a. a. O. II S. 28 Anm. 8 am Ende.

[6]) Erschienen im Archiv für bürgerliches Recht Bd. V S. 161 ff., zitiert nach einem Sonderabdruck. Vgl. oben § 6 Anm. 9.

[7]) a. a. O. S. 29.

[8]) Wie hier Hellmann a. a. O. S. 220; Stutz a. a. O. S. 28/29; Dittenberger a. a. O. S. 26; Nathan a. a. O. S. 31 f.; Opet a. a. O. S. 7; Glaser a. a. O. S. 67/68.

II. Ähnlich wie Jacobi, Matthiaß und A. Engelmann[9]) sucht auch Eltzbacher[10]) die Verlöbnisbruchfolgen zu erklären, darum seien seine Ausführungen gleich an dieser Stelle mit angeführt.

Eltzbacher führt die Schadensersatzpflicht bei Verlöbnisbruch, genau wie die Pflicht zum Ersatze des Schadens, der einem andern durch das Vertrauen auf die Gültigkeit einer Willenserklärung oder eines Vertrages erwachsen ist — B. G. B. §§ 122, 179, 307, 309 — darauf zurück, daß jemand durch das ungerechtfertigte Vertrauen auf eine bedeutsame Erklärung geschädigt worden ist.

Es muß zunächst bedenklich erscheinen, aus den angeführten Paragraphen einen allgemeinen Grundsatz ableiten zu wollen, denn trotz mancher Gleichheit in der Behandlung haben diese Fälle doch auch große Abweichungen unter sich. § 122 setzt ein Verschulden des Erklärenden nicht voraus, § 179 Abs. 2 setzt voraus, daß der Erklärende den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat und die §§ 307, 309, daß der Erklärende den Mangel kannte oder kennen mußte.[11]) Und weiter läßt sich im Anklange an das vorhin zitierte Wort Stutzs gegen eine Zusammenfassung der §§ 112, 179, 307, 309 mit den §§ 1298 bis 1300 sagen: Bei den einen tritt die Haftung ein, weil etwas nicht zustande gekommen ist, bei den andern, weil etwas Zustandegekommenes rückgängig gemacht wird.

Vor allem aber existiert der behauptete Grundsatz, daß, wenn jemand durch das ungerechtfertigte Vertrauen auf eine bedeutsame Erklärung geschädigt worden ist, der andere ihm dann zum Schadens-

[9]) Ja man kann deren Ausführungen (oben Anm. 1) wörtlich genommen denen Eltzbachers gleichstellen. Dann gilt auch für sie das im Text weiter Ausgeführte.

[10]) Handlungsfähigkeit I S. 181.

[11]) Will man die genannten Bestimmungen auf einen Grundsatz zurückführen, so wäre es höchstens der, daß als Folge der rechtsgeschäftlichen Verantwortlichkeit für die abgegebenen Erklärungen und des Haftens im Worte jeder für den Vermögensverlust aufkommen muß, den der Gegner erleidet, weil er in seinem Vertrauen auf das gültige Zustandekommen des Vertrags getäuscht worden ist. So Endemann a. a. O. I S. 331. Dieser Grundsatz paßt aber auf das Verlöbnis und die Verlöbnisbruchfolgen durchaus nicht.

ersatze verpflichtet sei, im allgemeinen überhaupt nicht. Ein Beispiel. Ich verspreche jemand, mit ihm eine Reise zu machen. Der andere will diese Reise nur in Gemeinschaft mit mir antreten. Im Vertrauen auf meine bestimmte Zusage trifft er seine Reisevorbereitungen, die mit nicht unerheblichen Unkosten verbunden sind. Zum Schluß sage ich meine Teilnahme an der Reise ab und der andere gibt sie daraufhin auf. Kann der andere etwa Ersatz für die vergeblich gemachten Reiseunkosten verlangen?[12]) Sicherlich nicht. Etwa deshalb nicht, weil hier keine „bedeutsame" Erklärung vorliegt. Aber wann ist eine Erklärung bedeutsam, wann nicht?

§ 16.

Die Deliktstheorie.

I. So bleibt nur noch ein Konstruktionsversuch übrig, den das moderne Verlöbnisrecht gefunden hat, die Deliktstheorie.[1])

Auf eins soll gleich an dieser Stelle hingewiesen werden. Eine Reihe Schriftsteller vertritt die Deliktstheorie zwar nicht für die §§ 1298, 1299, dagegen aber für § 1300 B. G. B.[2]) Ein solches Auseinanderreißen dieser Bestimmungen ist jedoch m. E. nicht zulässig. Auch für § 1300 müssen die Voraussetzungen der §§ 1298, 1299 vorliegen, auch der Anspruch aus § 1300 hat seinen eigentlichen Grund in dem ungerechtfertigten Rücktritt oder

---

[12]) Vgl. auch die Beispiele bei Glaser a. a. O. S. 60 Anm. 3 unter b u. c, die auch hier passen.

[1]) Sie wird vertreten von: Bunsen a. a. O. III S. 10; Hellmann a. a. O.; Nathan a. a. O. S. 35 f. u. S. 84 f.; ferner Entschdg. des O. L. G. Köln vom 11. April 1903, abgedruckt in der Zeitschrift „Das Recht" Bd. VII S. 312.

[2]) So z. B. Planck a. a. O. IV zu § 1300: „gleich als wäre durch die Beiwohnung eine unerlaubte Handlung begangen"; Schmidt u. Habicht a. a. O. S. 23, wo die Bestimmung des § 1300 nur als eine Weiterführung des im § 847 Abs. 2 ausgesprochenen Gedankens bezeichnet wird. „Die Verführung, die zum Ersatzanspruch des § 847 Abs. 2 führt, wird hier durch das Verlöbnis ersetzt"; Gaupp-Stein, Kommentar zur Z. P. O. zu § 32, Bd. I S. 90. Auch Dittenberger spricht S. 177 f. von einem „Defloration sanspruch".

in der schuldhaften Veranlassung zum Rücktritt.[3]) § 1300 dient nur dazu, für den Fall, daß die Braut ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, die Schadensersatzansprüche der §§ 1298, 1299 zu ergänzen, wobei es gleichgültig ist, aus welchen praktischen Erwägungen heraus diese Erweiterung getroffen ist.[4]) Freilich müssen die Anhänger der Theorie des obligatorischen Vorvertrages dann auch diesen „Defloration sanspruch" der geschwächten Braut auf den Willen der Verlobten bei Eingehung des Verlöbnisses zurückführen, da ja hier nicht wie bei den familienrechtlichen Verträgen die Parteien erst einen Zustand schaffen, aus dem erst die einzelnen Rechtswirkungen sich gewissermaßen kraft positiven Rechts ergeben. Das mag wohl manche dazu veranlaßt haben, § 1300 anders zu behandeln als die §§ 1298, 1299.[5]) Vielleicht hat hierbei auch noch die Erwägung beigetragen, daß das Gesetz Ersatz für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, im Vertragsrecht sonst nicht kennt, wohingegen auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen in der Bestimmung des § 847 B. G. B. ein Analogon gegeben ist.

Wenn von einer Deliktstheorie beim Verlöbnis gesprochen wird, so ist klar, daß hier nicht an Fälle gedacht wird, wo schon nach allgemeinen Grundsätzen eine unerlaubte Handlung vorliegen würde.[6]) Die Deliktstheorie ist vielmehr dahin zu verstehen, daß nach ihr in jedem grundlosen Rücktritt vom Verlöbnis und in jeder schuldhaften Veranlassung zum Rücktritt ein Delikt zu finden sei. Mit diesem allgemeinen Satze ist freilich noch wenig gewonnen, wenngleich sich der Begründer der Deliktstheorie — Bunsen — auch zunächst damit begnügte, indem er ausführte:[7]) „Diese Ersatzansprüche sind deliktsähnliche. Das Gesetz erklärt indirekt das Verlöbnis für ein

[3]) Wie hier Cramer a. a. O. 71/72; Glaser a. a. O. S. 62/63; Oertmann a. a. O. zu § 823 vor Anm. 8 S. 560.

[4]) Über diese handelt ausführlich Dittenberger a. a. O. S. 177 f.

[5]) So z. B. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. Bd. III S. 14, ein Anhänger der Vertragstheorie, der den Anspruch aus § 1300 B. G. B. zwar nicht als einen Deliktsanspruch, aber als einen auf Billigkeitserwägungen beruhenden Anspruch ex lege bezeichnet.

[6]) Vgl. hierüber Nathan a. a. O. S. 35/36.

[7]) a. a. O. III S. 10.

rechtlich zu beachtendes Treuverhältnis. Wer dieses Treuverhältnis ohne wichtigen Grund bricht, ist schadensersatzpflichtig in ähnlicher Weise wie wenn er eine unerlaubte Handlung im Sinne des Gesetzes begangen hätte." Wenn auch das B. G. B. im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht in dem Sinne einen allgemeinen Deliktsbegriff kennt, als es gewisse allgemein gültige Haftungsvoraussetzungen aufstellt,[8]) so unterscheidet es doch anderseits in den §§ 823 f. wiederum mehrere Gruppen von deliktischen Tatbeständen. Die Deliktstheorie beim Verlöbnis hat zunächst die Aufgabe, die angeblich deliktischen Tatbestände der §§ 1298 f. B. G. B., wenn irgend möglich, einer dieser Gruppen einzureihen. Einem solchen Versuche steht nicht entgegen, daß die §§ 1298, 1299 selbständig Ersatzansprüche normieren, da ja hier aus bestimmten Gründen der Umfang der Haftung etwas abweichend von den allgemeinen Bestimmungen geregelt sein kann.[9])

Daß die Ersatzansprüche aus §§ 1298 f. B. G. B., woran man zunächst denken könnte, nicht einen Unterfall des im § 826 B. G. B. ausgesprochenen allgemeinen Satzes bilden, dürfte bei einiger Überlegung klar sein. § 826 verpflichtet jedem zum Schadensersatz, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt. Hier also tritt die Ersatzpflicht nur bei Vorsatz ein, der auf die Schadenszufügung selbst gerichtet sein muß d. h. nur dann, wenn der Täter voraussah — voraussehen mußte genügt nicht —, daß seine Handlung dem andern Schaden zufügen würde.[10]) Daß dieses Erfordernis bei den Ersatzansprüchen auf §§ 1298 f. nicht vorzuliegen braucht, bedarf keines Beweises.[11])

So bleibt § 823 B. G. B. Hier statuiert das Gesetz als Schutzmittel gegen Eingriffe in das befriedete Rechtsgebiet des einzelnen

---

[8]) Vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. 2 zu §§ 823 f. S. 553; Cosack a. a. O. I S. 600/601; Crome a. a. O. II S. 1013.

[9]) Und auch ist. Vgl. unten unter II f.

[10]) Vgl. Oertmann a. a. O. zu § 826 unter 2a S. 562; Endemann a. a. O. I S. 1264 Anm. 39; Cosack a. a. O. I S. 606; v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des B. G. B. S. 43.

[11]) Wie hier Nathan a. a. O. S. 42.

Schadensersatzpflichten. Diese Eingriffe richten sich im einzelnen gegen sogenannte Rechtsgüter, vom Gesetz unter Schutz gestellte Interessen, die in ihrer Gesamtheit das befriedete Rechtsgebiet des einzelnen ausmachen.[12]) Das Gesetz scheidet drei Gruppen solcher Rechtsgüter. Einmal subjektive Rechte, dann eine Reihe besonders aufgeführter Lebensgüter und schließlich alle sonstigen Interessen, soweit für dieselben besondere Schutzgesetze bestehen.

Daß vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie es sich beim Verlöbnisbruch nicht um Verletzung eines subjektiven Rechts handeln kann, liegt auf der Hand. Die Frage, welches Rechtsgut beim Verlöbnisbruch als verletzt anzusehen sein würde, ist nicht schwer zu beantworten; nicht etwa die Vermögenslage, denn gegen diese richtet sich der Verlöbnisbruch an sich nicht, verletzt wird vielmehr das Interesse des Verlobten, in seinem durch den Abschluß des Verlöbnisses begründeten Vertrauen auf künftigen Eheabschluß nicht getäuscht zu werden.[13]) Die bekannte Streitfrage, ob die Aufzählung der im § 823 Abs. 1 angeführten Lebensgüter eine geschlossene und endgültige ist oder ob man, indem man die Worte „oder ein sonstiges Recht" nicht nur auf das vorausgehende „Eigentum", sondern auch auf die vorgenannten vier Worte mit bezieht, auch noch andere Lebensgüter als durch § 823 Abs. 1 B. G. B. geschützt ansehen kann,[14]) soll und kann hier unerörtert bleiben. Bei der ersten Auffassung, die jetzt wohl als die herrschende zu bezeichnen ist, ist naturgemäß jede Anwendung des § 823 Abs. 1 auf den Verlöbnisbruch ausgeschlossen, aber auch bei der zweiten Auffassung wird man zu demselben Ergebnis kommen müssen, denn das hier geschützte Interesse den genannten vier großen Lebensgütern auch nur in analoger Ausdehnung an die Seite zu stellen, muß in hohem Maße bedenklich erscheinen. So bleibt nur noch eine Möglichkeit. Beim Verlöbnisbruch müßte es sich handeln um Verletzung eines durch besonderes Gesetz geschützten Interesses. Und diese Anschauung

[12]) Vgl. Endemann a. a. O. I S. 1261.

[13]) Ähnlich Nathan a. a. O. S. 44.

[14]) Über diese Streitfrage vgl. Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 1 S. 555/556 und die dort angegebene Literatur. Weiter insbes. noch Crome a. a. O. II S. 1016/1017.

ist denn auch in der Literatur des modernen Verlöbnisrechts bereits vertreten, Hellmann[15]) ist es, der sie zuerst aufgestellt hat. Er sieht in den §§ 1298—1300 B. G. B. Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2[16]) und bezeichnet als Gegenstand dieses Schutzgesetzes, als geschütztes Rechtsgut das Interesse,[17]) das der Verlobte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein, durch die in ihm erregte Erwartung der Eheschließung. Es muß zugegeben werden, daß ein solches Interesse recht wohl ausreicht, zu den durch besondere Gesetze geschützten Rechtsgütern im Sinne des § 823 Abs. 2 B. G. B. zu zählen, denn es erscheint nur billig, daß im Falle eines Verlöbnisbruches der gekränkte Teil außer seiner Enttäuschung nicht auch noch einen positiven Vermögensschaden davontragen soll, daß vielmehr dieser auf den schuldigen Teil abgewälzt wird.

Doch auch diese Theorie Hellmanns ist alsbald von allen Seiten angegriffen worden, nur einer, Nathan, hat sich ihr unbedingt angeschlossen. — Auf diese Einwendungen soll zunächst eingegangen werden, bilden sie doch gegebenen Falles den besten Prüfstein für die Richtigkeit einer Theorie, wobei zugleich auch

---

[15]) a. a. O. S. 220.

[16]) Und zwar würde es sich hier, um die Bezeichnung Schönfelds, Zum § 823 B. G. B., Münchener Dissertation, S. 63 zu gebrauchen, um sog. leges perfectae handeln, d. h. um Schutzgesetze, die „die Ersatzfunktion schon in sich tragen, ohne noch der Vorschrift des § 823 Abs. 2 B. G. B. zu bedürfen."

[17]) Hierin ist eine Gleichstellung von Rechtsgut und Interesse nicht zu finden. Nicht jedes Interesse bildet ein Rechtsgut in dem oben bei Anm. 12 entwickelten Sinne, vielmehr, sofern es nicht gleichzeitig zu den nach § 823 Abs. 1 B. G. B. geschützten Lebensgütern und absoluten Rechten zählt, wird ein Interesse nur dadurch zu einem Rechtsgute, daß es das Recht als schutzwürdig anerkennt, d. h. zu seinem Schutz ein Gesetz, eine Norm aufstellt. Vgl. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts § 13 unter I. „Rechtsgut ist das rechtlich geschützte Interesse." So gibt es z. B. ein allgemeines Gesetz zum Schutze des Interesses nicht getäuscht zu werden nicht, sofern es sich nicht etwa um strafrechtl. Betrug handelt, bei dem aber das geschützte Interesse das Vermögen als solches ist. Das oben genannte spezifische Interesse, das der Verlobte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein durch die in ihm erregte Erwartung der Eheschließung, ist aber nach der Hellmannschen Theorie durch ein besonderes Schutzgesetz zu einem Rechtsgut erhoben.

alle die Punkte Berücksichtigung finden sollen, die nicht nur speziell gegen die Hellmannsche Schutzgesetztheorie, sondern gegen die Möglichkeit der Deliktstheorie überhaupt vorgebracht worden sind.

II. a) Zu einer Ablehnung der Hellmannschen Schutzgesetztheorie müssen zunächst alle diejenigen kommen, die die Anschauung vertreten, daß zu den Schutzgesetzen des § 823 Abs. 2 B. G. B. privatrechtliche Bestimmungen nicht zu zählen seien.[18]) Doch entbehrt diese Auffassung der Begründung. § 823 Abs. 2 spricht schlechtweg von einem den Schutz eines andern bezweckenden „Gesetze"; unter „Gesetz" im Sinne des B. G. B. ist aber nach Art. 2 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. jede Rechtsnorm zu verstehen, also auch solche des Privatrechts und des Bürgerlichen Gesetzbuches insbesondere. Nun ist allerdings der Einwurf Enneccerus u. Lehmanns im allgemeinen richtig, daß der Zweck der privatrechtlichen Vorschriften sei, den Machtkreis des einzelnen zu bestimmen, aber nicht, ihm einen besonderen Schutz gegen drohende Verletzungen zu gewähren. Dies ist der vornehmste Zweck der privatrechtlichen Vorschriften und darum sind wohl auch bei den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 die privatrechtlichen Vorschriften entschieden in der Minderheit. Aber daß dies der einzige Zweck jeder privatrechtlichen Vorschrift zu sein braucht, kann doch kaum behauptet werden.[19]) Es ist nicht abzusehen, warum es nicht auch möglich sein soll, durch privatrechtliche Vorschriften das befriedete Rechtsgebiet des einzelnen vor unberechtigten Eingriffen zu schützen. Mit Recht weist Planck auf die §§ 617—619 B. G. B. und § 62 H. G. B. hin, die doch zweifellos zum Schutze der Dienstangestellten erlassen sind.[20]) Das erkennt auch Cosack an, doch verwendet er gerade diesen Punkt dazu, um die Richtigkeit der hier

---

[18]) Diesen Einwand erhebt Cramer a. a. O. S. 14/15. Privatrechtliche Vorschriften zählen nicht zu den Schutzgesetzen Cosack a. a. O I S. 604; Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 4 S. 558, ferner in seiner I. Auflage Enneccerus u. Lehmann a. a. O. I S. 767.

[19]) So auch Planck a. a. O. II S. 612; Nathan a. a. O. S. 45/46; jetzt auch Enneccerus u. Lehmann selbst in der II. Auflage I S. 845.

[20]) Diese Bestimmungen rechnen Planck, Enneccerus u. Lehmann und Endemann a. a. O. I S. 426 Anm. 6 zu den Schutzgesetzen.

vertretenen Anschauung zu bekämpfen. Er sagt:[21]) Weil die Gesetze, welche die Pflichten der Eltern, Vormünder, Dienstherren bestimmen, zweifellos den Schutz der Kinder, der Mündel, der Angestellten bezwecken, so müßte bei der hier vertretenen Ansicht jede schuldhafte Pflichtwidrigkeit der Eltern gegen ihre Kinder, des Vormundes gegen sein Mündel, des Dienstherrn gegen seine Angestellte ein Delikt sein, das sei aber offenbar nicht der Wille des Gesetzes. Letzteres mag im allgemeinen richtig sein, Kinder und Dienstangestellte haben eben schon aus dem zwischen ihnen und den Eltern bzw. dem Dienstherrn bestehenden Rechtsverhältnis Recht auf Schutz und Fürsorge und umgekehrt diese entsprechende Pflichten gegen jene, sodaß der Abs. 2 des § 823 in derartigen Fällen wohl nur selten herangezogen zu werden braucht.[22]) Aber es gibt im B. G. B. eine ganze Reihe Bestimmungen, die bestimmte Interessen einzelner schützen sollen, ohne daß es sich um Vertragspflichtverletzungen handeln könnte und ohne daß subjektive Rechte (§ 823 Abs. 1) verletzt würden, sodaß § 823 Abs. 2 allein Rat schaffen kann. Hierzu würde vor allem § 858 zu rechnen sein, wenn man den Besitz nicht zu den subjektiven Rechten zählen will.[23]) Eine Schadensersatzpflicht wegen verbotener Eigenmacht läßt sich dann nur nach § 823 Abs. 2 konstruieren, da dann der Besitz nicht schon durch § 823 Abs. 1 geschützt sein würde.[24]) Auch sonst verdient m. E. noch eine Anzahl Bestimmungen des B. G. B. die Bezeichnung als Schutzgesetze, so z. B. die §§ 53, 904 (bei Verbot des Eigentümers)[25]), 2219, 2362.[26]) So geht denn auch die weitaus herrschende Ansicht jetzt dahin,

---

[21]) a. a. O. I S. 604.

[22]) Darum ist im § 618 Abs. 3 B. G. B. auch nur von einer entsprechenden Anwendung der §§ 842—846 die Rede.

[23]) Dies tun z. B. nicht Planck a. a. O. III S. 30 und Dernburg, Lehrbuch des B. G. B. III S. 42.

[24]) Zustimmend Crome a. a. O. II S. 1025 Anm. 16; Enneccerus und Lehmann a. a. O. I S. 845; Planck a. a. O. II S. 612, auch S. 608; Schönfeld a. a. O. S. 69/70; Neumann a. a. O. I S. 393.

[25]) So auch Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B. zu § 904 Anm. 2 S. 52; Neumann a. a. O. I S. 393.

[26]) Eine genaue Zusammenstellung der möglichen privatrechtlichen Schutzgesetze gibt Schönfeld a. a. O. S. 63 ff.

daß zu den Schutzgesetzen des § 823 Abs. 2 B. G. B. privatrechtliche Vorschriften und selbst solche des B. G. B. recht wohl zählen können.[27])

b) Von Stutz[28]) und Dittenberger[29]) ist von vornherein gegen die Deliktstheorie überhaupt geltend gemacht, daß der Gesetzgeber sie wiederholt als unannehmbar verworfen habe. Dies ist allerdings richtig. Als man darüber einig war, daß ein Schadensersatzanspruch wegen Verlöbnisbruches gegeben werden müßte, entschloß man sich, diesen durch positive Vorschrift im Gesetz zu regeln, da es zweifelhaft sein könnte, ob sich nach allgemeinen Grundsätzen bei Verlöbnisbruch ein solcher Ersatzanspruch wegen unerlaubter Handlungen ergeben würde.[30]) Ganz abgesehen davon daß einer solchen bei den Vorgängen während der Entstehung des Gesetzes zu Tage getretenen Auffassung keinerlei maßgebende Bedeutung zukommt, so ist doch einmal noch hervorzuheben, daß diese Bedenken gegen die Deliktstheorie zu einer Zeit erhoben wurden, wo der jetzige § 1297 noch das Verlöbnis als unverbindlich erklärte. War damit auch nur ganz offenbar die rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit gemeint, so sind doch immerhin bei einem solchen Gesetzestext Zweifel gegen die Richtigkeit der Deliktstheorie eher möglich als bei der jetzigen Fassung des Gesetzes. Ferner aber hat auch Hellmann[31]) vollkommen recht, wenn er darauf hinweist, daß der Deliktsbegriff des B. G. B. ein durchaus anderer ist als derjenige, der den damaligen Verfassern der Entwürfe und Protokolle bei Verwerfung der Deliktstheorie vorschwebte. Zu den widerrechtlichen Handlungen des § 704 Abs. 1 des Entwurfs I

---

[27]) So Planck a. a. O. II S. 612; Crome a. a. O. II S. 1023—1025; Neumann a. a. O. I S. 393; Endemann a. a. O. I S. 425/426; Enneccerus und Lehmann I S. 845; Biermann a. a. O. S. 52; Schönfeld a. a. O. S. 59, S. 63 ff.; Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B. S. 27; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 32; Nathan a. a. O. S. 45 f.

[28]) a. a. O. S. 28.

[29]) a. a. O. S. 26. Auch Staudinger a. a. O. IV S. 5 bedient sich dieses Einwandes.

[30]) Vgl. oben § 5 von Anm. 6 an.

[31]) a. a. O. S. 220.

rechnete man nur Handlungen gegen absolute Verbotsgesetze, außerdem knüpfte Abs. 1 des § 704 die Schadensersatzpflicht noch daran, daß der Täter den Schaden vorausgesehen hat oder voraussehen mußte. Das B. G. B. spricht demgegenüber von Verstößen gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz, auch ist hierbei zum Verschulden nicht erforderlich, daß der Täter die Entstehung des Schadens voraussieht oder voraussehen mußte.[32] [33])

c) Wir haben oben[34]) gesehen, daß fast alle Anhänger der Vertragstheorie der Ansicht sind, das Gesetz stelle den Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt frei. Wir haben weiterhin gesehen, weshalb die Anhänger der Vertragstheorie zu dieser Ansicht kamen, daß sich dieser Satz von ihrem Standpunkt aus nicht ohne weiteres von der Hand weisen läßt, daß seine Unrichtigkeit aber behauptet werden muß, soll anders die Vertragstheorie überhaupt irgendwie berechtigte Annahme erheischen.

Dieser Satz ist auch von einer Reihe Schriftsteller gegen die Deliktstheorie ins Feld geführt worden, wobei diese ganz offenbar von der Auffassung ausgingen, daß er ebensogut auf sie Geltung haben müßte.[35]) Wenn das richtig wäre, so wäre damit allerdings auch die Deliktstheorie unmöglich gemacht, denn das Gesetz würde auch hier mit sich in Widerspruch geraten, wollte es sagen: Der Rücktritt steht frei, aber wer ihn vornimmt, begeht ein Delikt.[36]) Doch ist vom Standpunkt der Deliktstheorie die Unrichtigkeit des behaupteten Satzes leicht nachzuweisen.

---

[32]) Während nach § 823 Abs. 1 B. G. B. sich das Verschulden auf das Erkennen des Erfolges der rechtsverletzenden Handlung bezieht, bezieht sich das Verschulden nach § 823 Abs. 2 lediglich auf die Handlung selbst, in der die Übertretung des Schutzgesetzes zu finden ist. Voraussicht oder Voraussehbarkeit des Schadens ist aber in beiden Fällen nicht erforderlich. Vgl. Planck a. a. O. II S. 611; Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 4 unter c, S. 559; Enneccerus und Lehmann a. a. O. I S. 846; Crome a. a. O. II S. 1024; Cosack a. a. O. I S. 605; v. Liszt a. a. O. S. 35.

[33]) Wie hier Nathan a. a. O. S. 38/39.

[34]) Vgl. § 12 unter II, insbes. Anm. 6.

[35]) So Stutz a. a. O. S. 28; Dittenberger a. a. O. S. 26; Cramer a. a. O. S. 15.

[36]) Hellmann a. a. O. S. 220.

Die Deliktstheorie ist eine Tatsächlichkeitstheorie. Nach dieser sind die Verlobung und der Brautstand rein tatsächliche Vorgänge und Verhältnisse. „Durch einen rein tatsächlichen Vorgang erfolgt der Eintritt in ein rein tatsächliches Verhältnis",[37]) gleichwie man einen Freundschaftsbund oder eine Liebschaft eingeht. Und ebenso ist auch der Rücktritt vom Verlöbnis, wie der von Freundschaft oder Liebschaft, ein rein tatsächlicher Vorgang.[38]) Es ist klar, daß ein solcher Rücktritt — mag er nun begründet sein oder nicht — stets die Auflösung des Verlöbnisses zur Folge haben muß. Diese Möglichkeit konnte das Gesetz, wenn es das Verlöbnis als rein tatsächliches Verhältnis ansah, gar nicht ausschließen. Es besteht ja keinerlei rechtsgeschäftliche Gebundenheit, keinerlei subjektives Recht auf Eingehung der Ehe oder auf Beharren im Brautstande, jede Möglichkeit irgend eines rechtsgeschäftlichen Erfüllungszwanges ist ja von vornherein ausgeschlossen.[39]) Das alles war vom Standpunkt der Vertragstheorie anders. Hier mußte, wie oben im § 12 unter II eingehend dargetan ist, der Umstand, daß ein jeder Verlobte jederzeit ohne Angabe von Gründen durch einseitigen Rücktritt die Auflösung des Verlöbnisses herbeiführen kann, an sich jedenfalls für die Annahme sprechen, daß das Gesetz den Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt freistelle, wohingegen vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie dieser Umstand lediglich eine selbstverständliche Folge dieser Theorie ist und an sich nichts dafür oder dagegen besagt, ob das Gesetz den Rücktritt vom Verlöbnis freistellt. Der Rücktritt von einem rein tatsächlichen Verhältnis muß notwendig dessen Auflösung zur Folge haben. Das Gesetz brauchte sich nun um diesen Rücktritt vom Verlöbnis ebensowenig zu kümmern, wie um einen Rücktritt von einer Freundschaft oder einer Liebschaft; dann würde man sagen müssen, das Gesetz, das Recht ignoriert den tatsächlichen Vorgang des Rücktritts vom

---

[37]) Stutz a. a. O. S. 22.

[38]) Jacobi a. a. O. S. 18 spricht deshalb von seinem Standpunkte aus mit Recht von einem Rücktritt in vulgärem Sinne, was Dittenberger a. a. O. S. 124 Anm. 2 übersieht.

[39]) Das verkennen wohl alle die genannten Anhänger der Vertragstheorie bei ihrer Polemik gegen die Deliktstheorie. Aus den Ausführungen Dittenbergers a. a. O. S. 26 geht dies besonders deutlich hervor.

Verlöbnis, es erlaubt ihn weder noch verbietet es ihn. Nichts aber hindert das Gesetz, diesen tatsächlichen Vorgang i. G. zu andern z. B. zum Rücktritt von einer Freundschaft oder einer Liebschaft mit Rechtswirkungen auszustatten. Und diesen Schritt hat das Gesetz getan. Da es das Vertrauen des Verlobten auf die künftige Eheschließung nicht getäuscht sehen will, verbietet es den grundlosen Rücktritt, indem es ein Schutzgesetz zugunsten des verlöbnistreuen Teiles aufstellt. Freilich kann, wie bereits dargetan, dieses Verbot nicht die Wirkung haben, daß etwa grundloser Rücktritt das Verlobtenverhältnis nicht auflöse, eine solche Wirkung könnte ein Rücktrittsverbot nur vom Standpunkt der Vertragstheorie haben. Der Umstand, daß jeder Verlobte jederzeit durch Rücktritt die Auflösung des Verlöbnisses herbeiführen kann, steht vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie nicht im Widerspruch mit dem andern Satz, daß das Gesetz den Rücktritt vom Verlöbnis verbietet.

Nun könnte aber der Einwand erhoben werden: Wo findet sich denn die gesetzliche Bestimmung, die den frivolen Rücktritt verbietet? Wo findet sich das Schutzgesetz? In den §§ 1298 f. B. G. B. doch nicht, da ja hier der Rücktritt bloßes Tatbestandsmoment ist und gar nicht gegen den Inhalt der genannten Paragraphen verstößt. So in der Tat Opet.[40]) Doch ein Blick auf unser Strafgesetzbuch genügt, um diesen Einwand zu Fall zu bringen. Die strafgesetzlichen Tatbestände zählen ja in erster Linie zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 B. G. B.[41]) Wo aber findet sich im ganzen Strafgesetzbuch ein Verbotsgesetz, eine Norm[42]) dahingehend, du sollst das oder das nicht tun. Die Normen entbehren im modernen Recht sehr häufig der gesetzlichen Form, sie gehören dem ungeschriebenen Recht an.[43]) Diese Normen sind aber zugleich auch die Schutzgesetze des § 823 Abs. 2 B. G. B. Wie bei diesen Schutzgesetzen, die sich aus unserem Strafgesetzbuch

[40]) a. a. O. S. 7.

[41]) So die ganz allgemeine Meinung. Vgl. z. B. Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 4 S. 558; Cosack a. a. O. I S. 604/605; Crome a. a. O. II S. 1023.

[42]) Um den bekannten Bindingschen Ausdruck zu gebrauchen.

[43]) Vgl. Bindings Kollegheft über Strafrecht § 17 Zif. 1.

ergeben, so ist es auch bei dem Schutzgesetz, welches den Schutz des verlöbnistreuen Teiles bezweckt. Auch dieses gehört dem ungeschriebenen Recht an, es findet sich nicht positiv im Gesetz ausgesprochen, die §§ 1298 f. B. G. B. regeln nur die Folgen der Verstöße gegen dieses Schutzgesetz.[44])

Also der Satz, das Gesetz stelle den Rücktritt vom Verlöbnis unbedingt frei, ist vom Standpunkt der Deliktstheorie durch nichts begründet und falsch.

Aber führt nicht diese Auffassung, daß die Schadensersatzansprüche nach §§ 1298 f. B. G. B. zu erklären seien als Verstöße gegen ein ihnen zugrunde liegendes, dem ungeschriebenen Recht angehöriges Schutzgesetz, verallgemeinert dahin, daß von diesem Standpunkte aus jede obligatio ex lege Deliktshaftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes ist, nämlich des Schutzgesetzes, das unausgesprochen der Haftungsnorm zugrunde liegt? Daß dies nicht der Sinn des § 823 Abs. 2 ist, bedarf keines Wortes. Demgegenüber muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß man in allen den Fällen einer obligatio ex lege von einer Deliktshaftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes nicht reden kann, wo aus der Natur der Sache und der gesetzlichen Regelung des Falles hervorgeht, daß es sich um eine solche nicht handeln kann. Die Deliktshaftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 B. G. B. hat zur Voraussetzung die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen: ursächlicher Zusammenhang, eigenes Verschulden, objektive Widerrechtlichkeit. So entfällt überall da ohne weiteres die Möglichkeit, eine obligatio ex lege auf § 823 Abs. 2 B. G. B., auf eine Deliktshaftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes zurückzuführen, wo diese drei Haftungsvoraussetzungen nicht gegeben sind, z. B. in den Fällen B. G. B. §§ 228 Satz 2, 867, 904, 917, 962, 1005; Z. P. O. §§ 302 Abs. 4, 717 Abs. 2, 945. — Außerdem wird überall da, wo der Umfang der Haftung in gleicher Weise bestimmt ist wie der, der sich nach § 823 Abs. 2 B. G. B. ergeben würde, es sich bei dieser Auffassung nicht umgehen lassen, daß Ersatzansprüche auf

[44]) Gerade wie die Strafgesetze nur die öffentlich rechtlichen Folgen der Normwidrigkeit regeln und der Täter dem Inhalte derselben nicht zuwiderhandelt, vielmehr deren sogenanntem Tatbestande konform.

Grund des gleichen Tatbestandes sowohl auf die die Ersatzpflicht besonders normierende Bestimmung als gleichzeitig auch auf § 823 Abs. 2 B. G. B. gestützt werden können. Auch dieser Umstand wird dagegen sprechen, in solchen Fällen die obligatio ex lege auf eine Deliktshaftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes zurückzuführen.

Daß aber im vorliegenden Falle auf Grund des Verlöbnisbruches als solchen selbst nach der Hellmannschen Theorie Ersatzansprüche neben den §§ 1298 f. B. G. B. nicht auch noch aus § 823 Abs. 2 B. G. B. hergeleitet werden können, darüber wird unten unter f noch zu sprechen sein.

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen ist m. E. aus der Auffassung, daß die Schadensersatzansprüche nach §§ 1298 f. B. G. B. zu erklären seien als Verstöße gegen ein ihnen zugrunde liegendes, dem ungeschriebenen Recht angehöriges Schutzgesetz, die Gefahr einer unzulässigen Verallgemeinerung dieses Gedankens auf andere Fälle einer obligatio ex lege nicht abzuleiten.

d) Glaser macht gegen die Anwendung der Deliktstheorie noch geltend,[45]) daß die Widerrechtlichkeit id est Unbegründetheit des Rücktritts nicht zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehöre, denn der Kläger brauche dieselbe weder zu behaupten noch zu beweisen, was aber vom Standpunkt der Deliktstheorie und so auch vom Standpunkt der Hellmannschen Schutzgesetztheorie der Fall sein müßte.

Ich gebe Glaser ohne weiteres zu, daß auch in den Fällen des § 823 Abs. 2 B. G. B. trotz des Fehlens des Wortes „widerrechtlich" nur der widerrechtliche Verstoß gegen ein Schutzgesetz eine unerlaubte Handlung ist.[46]) Wie keine Norm eine Handlung ausnahmlos verbieten kann — es gibt keine ausnahmlos widerrechtliche Handlung[47]) —, so auch hier. Der Rücktritt vom Verlöbnis ist nur als unbegründeter verboten, begründeter Rücktritt ist nicht widerrechtlich. Also auch nach meiner Meinung gehört die Wider

[45]) a. a. O. S. 63/64.

[46]) Vgl. z. B. Planck a. a. O. II S. 612 unter 3c; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. I S. 846 unter III.

[47]) Binding a. a. O. § 17 Zif. 4.

rechtlichkeit als Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlung zu den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen, an die § 823 B. G. B. die Schadensersatzpflicht knüpft.[48])

Aber dieser Umstand hat nun nicht, wie Glaser meint, die Bedeutung, daß es Sache des Klägers sei, den Beweis dafür zu erbringen, daß die angeblich zum Schadensersatz verpflichtende Handlung nun auch im Einzelfall widerrechtlich sei. Bei diesem Begriffsmerkmal der Widerrechtlichkeit handelt es sich in Wahrheit nicht um eine selbständige, besonders zu beweisende Haftungsvoraussetzung, vielmehr ist davon auszugehen, daß an sich ein jeder Eingriff in das befriedete Rechtsgebiet des einzelnen, das wir in seinen einzelnen Bestandteilen oben kennen gelernt haben,[49]) mag er nun sein eine Verletzung eines der besonders aufgeführten Lebensgüter oder eines subjektiven Rechts oder mag er bestehen in einem Verstoß gegen ein zum Schutz eines bestimmten Lebensinteresses aufgestelltes Gesetz, also mittelbar bzw. materiell in einem Eingriff in dieses Interesse — als Verletzung des befriedeten Rechtsgutes widerrechtlich ist.[50]) Aber ein solcher Eingriff ist ausnahmsweise gestattet und im Falle des Vorliegens eines solchen ausnahmsweise gestatteten Eingriffs entfällt damit die Widerrechtlichkeit der Handlung, somit auch der Begriff des Delikts und so weiterhin die Schadensersatzpflicht. Das Begriffsmerkmal der Widerrechtlichkeit bei Delikten hat also nur die Bedeutung, daß es die Zulässigkeit der Berufung auf ein Recht zum Eingriff gesetzlich bestätigt.[51])

Die ganze bisherige Strafrechtswissenschaft hat das Begriffsmerkmal der Widerrechtlichkeit bei Delikten so aufgefaßt.[52]) Aber

[48]) So definiert man ja ganz allgemein in Straf- und Zivilrecht das Delikt als die schuldhaft rechtswidrige Handlung. Vgl. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, S. 96; derf., Deliktsobligationen, S. 3/4.

[49]) Vgl. oben vor Anm. 12.

[50]) So Endemann a. a. O. I S. 426, 1256, 1268; Planck a. a. O. II S. 609; Neumann a. a. O. I S. 388.

[51]) Vgl. Endemann a. a. O. I S. 426. Deshalb sprechen einige in Zivil- und Strafrecht hier geradezu von einem negativen Tatbestandsmoment. Vgl. hierüber v. Liszt, Lehrbuch S. 97 Anm. 3; Titze, Die Notstandsrechte im deutschen B. G. B. S. 9—11, insbes. S. 11.

[52]) So sagt v. Liszt, Lehrbuch S. 119: Die Lehre von der Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedeutet mithin die Darstellung derjenigen Gründe, welche ausnahmsweise den Wegfall der Rechtswidrigkeit bewirken.

auch für das privatrechtliche Delikt hat dasselbe zu gelten. Dies beweist vor allem auch die Fassung des § 858 B. G. B. Je nachdem man den Besitz als Recht auffaßt oder nicht, ist die Schadensersatzpflicht wegen verbotener Eigenmacht nach § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 begründet. Verbotene Eigenmacht d. h. widerrechtliche ohne Willen des Besitzers erfolgte Entziehung oder Störung fremden Besitzes liegt nur dann vor, wenn das Gesetz die Entziehung oder Störung nicht gestattet. Der vom Gesetz gestattete Eingriff in fremden Besitz ist nicht widerrechtlich und verpflichtet nicht zum Schadenersatz. Also auch hier ist die Widerrechtlichkeit der Handlung Haftungsvoraussetzung. Aber nach der Fassung des § 858 B. G. B. „sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet" ist es nicht zweifelhaft, daß der Kläger bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen verbotener Eigenmacht nur die Besitzentziehung oder -Störung, nur den Eingriff als solchen zu beweisen und zu behaupten hat, nicht dagegen auch dessen Widerrechtlichkeit d. h., daß dem Gegner ein gesetzlich gestatteter Grund zum Eingriff nicht zur Seite stand. Vielmehr ist es Sache des Gegners, sich auf ein Recht zum Eingriff zu berufen, widrigenfalls sein Eingriff als ohne Recht geschehen, als widerrechtlich gilt. So wird denn auch das Begriffsmerkmal der Widerrechtlichkeit bei privatrechtlichen Delikten ganz allgemein in dem oben entwickelten Sinne aufgefaßt.[53])

Hieraus folgt, daß, wiewohl nur der unbegründete Rücktritt widerrechtlich und ein Delikt ist, derjenige, der einen Ersatzanspruch auf Grund des § 1298 B. G. B. geltend macht, nur den Rücktritt als solchen zu behaupten und zu beweisen hat, und daß es Sache des Beklagten ist, sich auf einen zum Rücktritt berechtigenden Grund zu berufen, widrigenfalls sein Rücktritt als unbegründet, als widerrechtlich gilt.

Hiermit ist der Glaserſche Einwand nicht nur nicht widerlegt, sondern diese Regelung der Beweislast durch das Gesetz zeigt sich vom Standpunkt der Deliktstheorie als selbstverständliche Folge derselben.

[53]) So außer den oben Anm. 50 genannten noch Titze a. a. O. S. 11; Jung, Delikt und Schadensverursachung S. 18; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. I S. 843/844; Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 7 und 9, S. 560/561 u. a.

e) Einen weiteren Einwand erhebt Glaser noch gegen die Anwendung der Deliktstheorie und so auch der Hellmannschen Schutzgesetztheorie insbesondere auf den § 1299 B. G. B. Er sagt:[54]) Die Deliktstheorie gebe keine Antwort auf die Frage nach der Quelle der Pflichten, deren Verletzung ein Verschulden im Sinne dieses Paragraphen ist.

Diese Frage ist aber vom Standpunkt der Hellmannschen Schutzgesetztheorie nicht schwer zu beantworten. Wie in dem § 1298 in dem Rücktritt, so liegt in dem § 1299 in der Handlungsweise, die das Gesetz ein Verschulden nennt, der Verstoß gegen das im Interesse des verlöbnistreuen Teiles aufgestellte Schutzgesetz. Das Gesetz will schützen das Interesse, daß der Verlobte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein durch die in ihm erregte Erwartung der Eheschließung. Diesem Zweck würde es nur sehr unvollkommen dienen, wollte es nur den frivolen Rücktritt vom Verlöbnis verbieten; auch der Teil, der während des Verlöbnisses derartig gegen unsere Auffassung von der sittlichen Bedeutung und dem Wesen des Verlöbnisses und der Ehe durch Treulosigkeit, Lasterhaftigkeit ꝛc. verstößt, daß dem andern Teil die künftige Eheschließung mit diesem nicht mehr wünschenswert erscheinen muß, und der so durch sein Verschulden den Rücktritt des andern veranlaßt, verletzt in gleichem Maße das oben genannte zu schützen gesuchte Interesse wie derjenige, der grundlos vom Verlöbnis zurücktritt. So hat sich denn das Gesetz, will anders es einen wirksamen Schutz für das zu schützende Rechtsgut aufstellen, gezwungen gesehen, nicht nur den grundlosen Rücktritt zu verbieten, sondern auch eine jede Handlung der oben bezeichneten Art, die das geschützte Interesse zu schädigen geeignet ist, weil sie den andern Teil zum begründeten Rücktritt veranlassen kann. Der § 1299 enthält sonach überhaupt keinen selbständigen Rechtssatz, sondern die §§ 1298, 1299 wollen zusammen den Verlobten vor jeder Schädigung seines berechtigten Vertrauens auf künftige Eheschließung schützen, indem sie durch Aufstellung der oben bezeichneten Verbote die Verlobten zur Treue verpflichten. Beide Bestimmungen beantworten gemeinsam die

[54]) a. a. O. S. 65/66.

Frage: Wer bricht das Verlöbnis?[55]) Wer schädigt das geschützte Rechtsgut? Wer verstößt gegen das Schutzgesetz? Freilich ist richtig, daß die ungehörige Handlung des Verlobten im Sinne des § 1299 B. G. B. an sich pekuniär unschädlich ist.[56]) Aber die Übertretung eines Schutzgesetzes an sich, man denke an die zahlreichen polizeilichen Vorschriften,[57]) ist oft pekuniär unschädlich. Die Anwendung des § 823 Abs. 2 B. G. B. setzt aber naturgemäß eine Schadenszufügung voraus[58]) und muß so zur Anwendung desselben recht oft noch ein in der Person des andern, zu dessen Schutz das Gesetz dient, liegender, durch den Verstoß gegen das Schutzgesetz veranlaßter Umstand hinzukommen, was jedoch nichts an der Folge ändert, daß der, welcher gegen das Schutzgesetz verstoßen hat, für diesen Schaden aufzukommen hat, denn, wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben, bedarf es bei § 823 Abs. 2 keinerlei Voraussicht oder Voraussehbarkeit des Erfolges der Handlung, geschweige denn des Schadens.[59])

Wir sehen: Die Quelle der Pflichten, deren Verletzung ein Verschulden im Sinne des § 1299 B. G. B. ist, ist das Schutzgesetz, welches eben das geschützte Interesse vor jedem schädlichen Eingriff schützen will, deshalb jedes das geschützte Interesse zu schädigen geeignete Handeln verbietet, so jeden Verlobten verpflichtet, derartiges Handeln zu vermeiden, d. h. die Verlobten zur Treue verpflichtet.

f) Schließlich ist noch eines Einwandes Dernburgs gegen die Deliktstheorie zu gedenken. Dernburg sagt:[60]) „Läge in dem Ver-

---

[55]) Das heben mit Recht hervor Endemann a. a. O. II S. 608 Anm. 7 und Staudinger a. a. O. IV S. 16/17 zu § 1299.

[56]) Trotzdem denkt das Gesetz etwa nicht daran, daß sich der Zurücktretende den Schaden selbst bereitet, wie Glaser S. 65 meint (was übrigens alles für die Vertragstheorie ebenso gelten würde). Das kommt schon in der Wortfassung des § 1299 zum Ausdruck: „Veranlaßt" ein Verlobter den Rücktritt des andern durch sein Verschulden.

[57]) Vgl. Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 4 unter a, 2 S. 558.

[58]) Cosack a. a. O. I S. 604 unter II 1.

[59]) Vgl. oben unter II b Anm. 32 und die dort angegebene Literatur, insbes. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 32 u. 35.

[60]) Lehrbuch des B. G. B. IV S. 22.

löbnisbruch ein Delikt, so wäre nach § 823 B. G. B. das positive Interesse zu ersetzen, es würde sich die Beschränkung auf das negative Interesse nicht erklären."

Dernburg übersieht hierbei ganz offenbar, daß die Deliktstheorie eine Tatsächlichkeitstheorie ist. Bei ihr besteht ja keinerlei subjektives Recht, kein Anspruch auf Eheschließung, auf Erfüllung und somit fehlt von vornherein hier jede Grundlage für einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, für einen Anspruch, der auf mehr geht als das sogenannte negative Interesse.[61])

Nur insofern ist der Ersatzanspruch aus den §§ 1298 f. B. G. B. geringer als der, welcher sich vom Standpunkt der Deliktstheorie aus § 823 B. G. B. ergeben würde, als der entstandene Schaden hier nur insoweit zu ersetzen ist, als die Aufwendungen ꝛc. angemessen waren.[62]) Diese Einschränkung entspricht der Billigkeit, vielleicht könnte man auch auf das im § 254 B. G. B. statuierte Prinzip der sog. Culpacompensation hinweisen.

Mit dem zuletzt Gesagten ist zugleich ein weiterer Einwand gegen die Hellmannsche Theorie widerlegt, der von Th. Engelmann ausgeht. Dieser macht geltend,[63]) bei Richtigkeit der Hellmannschen Theorie könne der ersatzberechtigte Verlobte neben den Ansprüchen aus den §§ 1298—1300 auf Grund des gleichen Tatbestandes auch Schadensersatzansprüche gemäß §§ 823 Abs. 2, 249 ff. erheben, was zweifellos nicht der Fall sei. Letzteres ist richtig, doch zwingt die Hellmannsche Theorie durchaus nicht zu diesem Schlusse. Denn die §§ 1298, 1299 haben eben für einen bestimmten Einzelfall aus Billigkeitsrücksichten den sich sonst nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 823 Abs. 2 ergebenden Umfang der Haftung abgeschwächt, woraus folgt, daß die §§ 1298, 1299 als lex specialis die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über

[61]) So war auch bei den Beratungen, als es sich darum handelte, ob aus den allgemeinen Grundsätzen wegen unerlaubter Handlungen sich eine Ersatzpflicht bei Verlöbnisbruch ergeben würde, stets nur von Ersatz des negativen Interesses die Rede. Vgl. z. B. Motive IV S. 3, bei Mugdan a. a. O. IV S. 2.

[62]) Darum ist es nicht ganz richtig, wenn Hellmann sagt, die Ersatzpflicht der §§ 1298 f. ergebe sich schon aus § 823 Abs. 2.

[63]) Staudinger a. a. O. IV S. 5/6.

Umfang der Haftung nach § 823 Abs. 2, soweit sie von diesen abweichen, ausschließen. Die Haftung aus den §§ 1298, 1299 besteht also auch vom Standpunkt der Deliktstheorie nicht neben derjenigen aus § 823, sondern schließt diese aus.[64])

III. Im folgenden soll noch kurz auf die Ergebnisse hingewiesen werden, zu denen die Annahme der Deliktstheorie und der Hellmannschen Schutzgesetztheorie führen würde.

Daß diese Theorie der sittlichen Bedeutung des Verlöbnisses im allgemeinen gerecht wird, jedenfalls weit mehr als alle anderen Tatsächlichkeitstheorieen, läßt sich nicht in Abrede stellen. Indem sie das Interesse des Verlobten, in seiner Erwartung auf künftige Eheschließung nicht getäuscht worden zu sein, durch Aufstellung eines besonderen Schutzgesetzes vor jeder es zu schädigen geeigneten Handlungsweise des andern Verlobten zu schützen sucht, verpflichtet sie die Verlobten gegenseitig zur Treue[65]) und „trägt so der sittlichen und sozialen Überzeugung Rechnung, daß es eine Unanständigkeit sei, das Verlöbnis ohne wichtigen Grund zu brechen oder dem andern Verlobten gegründeten Anlaß zum Rücktritt zu bieten, und daß man den gekränkten Teil nicht auch noch den pekuniären Schaden seiner Enttäuschung tragen lassen dürfe.[66])

Zu welchen Konsequenzen die Deliktstheorie als Tatsächlichkeitstheorie führt und daß diese im allgemeinen durchaus befriedigende sind, ist bereits oben im § 4 unter II und III. und im § 7 unter V des näheren ausgeführt worden. Auf die sich aus der Betrachtungsweise des Verlöbnisbruches als einer unerlaubten Handlung noch besonders ergebenden Punkte sei kurz hingewiesen. Für die Ersatzansprüche aus §§ 1298 f. B. G. B. käme neben dem

---

[64]) Natürlich bleibt es auch nach der Deliktstheorie dem einen Verlobten unbenommen, auf Grund des § 823 weitergehende Ersatzansprüche geltend zu machen, wenn eben in dem Verhalten des anderen Verlobten noch der Tatbestand eines andern Delikts verwirklicht ist. Das gilt auch ebenso für die Vertragstheorieen. Vgl. Staudinger a. a. O. IV S. 16. Dann aber besteht die unerlaubte Handlung eben gerade nicht in dem Verlöbnisbruch als solchem.

[65]) So spricht Bunsen a. a. O. IV S. 10 mit Recht von einem rechtlich zu beachtenden Treuverhältnis.

[66]) Hellmann a. a. O. S. 220/221.

allgemeinen Gerichtsstand noch der Gerichtsstand des § 32 Z. P. O. in Betracht.[67]) Für das internationale Privatrecht hätten folgende Sätze zu gelten. Fand der Verlöbnisbruch im Inlande statt, so erzeugt er die Ersatzansprüche aus §§ 1298 f. B. G. B. stets, ohne daß es auf die Staatsangehörigkeit der Verlobten oder auch nur des Täters irgendwie ankäme. Fand der Verlöbnisbruch im Auslande statt, so können, wenn der Täter ein Deutscher ist, nicht weitergehende Ansprüche gegen diesen geltend gemacht werden, als nach dem B. G. B. begründet sind. Dies folgt aus Art. 12 des

[67]) Die Frage, wo die unerlaubte Handlung begangen ist, würde sich hier folgendermaßen beantworten. Die unerlaubte Handlung besteht in den Fällen des § 823 Abs. 2 lediglich in dem Verstoß gegen das Schutzgesetz, nicht unmittelbar in der Verletzung des durch dasselbe geschützten Interesses, wie sich denn auch das Verschulden nach § 823 Abs. 2 lediglich auf die Handlung selbst, in der die Übertretung des Schutzgesetzes zu finden ist, bezieht, dagegen nach § 823 Abs. 1 auf das Erkennen des Erfolges der rechtsverletzenden Handlung. Vgl. oben Anm. 32 und die dort angegebene Literatur. Wo also die Handlung, in der die Übertretung des Schutzgesetzes zu finden ist, begangen ist, da ist die unerlaubte Handlung begangen. Im Falle des § 1299 also da, wo die dem andern Teil berechtigten Grund zum Rücktritt gebende Handlung begangen ist, denn durch diese schon verstößt wie oben unter II e dieses Paragraphen genauer ausgeführt ist, der Täter gegen das Schutzgesetz. In dieser Handlung ist der Verlöbnisbruch zu finden. Im Falle des § 1298 liegt der Verstoß gegen das Schutzgesetz im Rücktritt. Wo dieser begangen ist, da ist auch die unerlaubte Handlung begangen. Da der Rücktritt nach der Tatsächlichkeitstheorie empfangsbedürftig nicht ist, vielmehr nur irgendwie öffentlich in die Erscheinung getreten zu sein braucht (oben § 4 bei Anm. 64), so wird mit der Willensbetätigung, in der der Rücktritt zu finden ist, auch oft gleichzeitig die Wirkung, der Erfolg derselben d. h. der Verlöbnisbruch gegeben sein und sich vollzogen haben, sodaß nur ein Ort als Tatort in Betracht kommen kann. Trifft dies jedoch nicht zu, sind vielmehr diese beiden Tatbestandsmomente an verschiedenen Orten in die Erscheinung getreten, wie z. B. wenn der Rücktritt sich in Form einer schriftlichen Absage an den andern Verlobten vollzieht, so können mehrere Orte als Tatorte in Betracht kommen. Hier würden mithin die zahlreichen Kontroversen über den Begehungsort einer unerlaubten Handlung in Frage kommen, auf die einzugehen den Rahmen dieser Arbeit weit überschreiten würde. Ich verweise in dieser Beziehung auf die Ausführungen bei Gaupp-Stein und Petersen, Kommentare zur Z. P. O. Bd. I, Bem. IV zu § 32; ferner v. Liszt, Strafrecht § 31, insbes. Anm. 1; Olshausen, Kommentar zum Str. G. B., Bem. 2—6 zu § 3.

Einführungsgesetzes zum B. G. B. Dasselbe muß aber im Hinblick auf Art. 30 a. a. O. auch dann gelten, wenn der Täter ein Ausländer ist. Ebenso dann, wenn etwa aus einem im Auslande abgeschlossenen Verlöbnis erst in Deutschland geklagt wird.[68]) Hinsichtlich der Übergangsbestimmungen kommt für die Ersatzansprüche aus dem Verlöbnisbruch als einem Delikt nicht das Recht zur Anwendung, unter dessen Herrschaft die Eingehung des Verlöbnisses stattfand, sondern das Recht, unter dessen Herrschaft der Verlöbnisbruch erfolgte. Ist der Verlöbnisbruch nach dem 1. Januar 1900 geschehen, so kommen die Vorschriften der §§ 1298—1300 B. G. B. zur Anwendung, gleichgültig ob die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschriften vor dem 1. Januar 1900 erfüllt sind.[69])

Die positiven gesetzlichen Bestimmungen, die das Verlöbnisinstitut im B. G. B. gefunden hat, sind nach der Hellmannschen Schutzgesetztheorie wie folgt rechtlich zu erklären. Der Ausschluß der Klage auf Eheschließung, das Verbot der Verabredung einer Vertragsstrafe, der Ausschluß der Klage auf das Erfüllungsinteresse sind selbstverständliche Folgen derselben in ihrer Eigenschaft als Tatsächlichkeitstheorie.[70]) Für die Ersatzansprüche des andern

[68]) So auch Hellmann a. a. O. S. 221.

[69]) Vgl. Entschdgn. des O. L. G. Köln vom 11. April 1903 abgedruckt in „Das Recht" Bd. VII S. 312. Fand der Verlöbnisbruch vor dem 1. Januar 1900 statt, so wird er freilich nur in den seltensten Fällen (vgl. oben § 2 unter V c) sich als Delikt auffassen lassen, da auch die Frage, ob eine Handlung eine unerlaubte ist, sich nach demj. Recht bestimmt, unter dessen Herrschaft sie begangen ist. Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. I S. 92 unter VI. Dies ist aber auch praktisch gleichgültig. Denn liegen Eingehung und Bruch des Verlöbnisses vor dem 1. Januar 1900, so wird prinzipiell stets altes Recht anzuwenden sein, da ja hier der ganze anspruchsbegründende Tatbestand in die Zeit des alten Rechts fällt, ohne daß es auf die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses und des Verlöbnisbruches ankommt. Mit Rücksicht auf den dem § 1297 vom Reichsgericht beigelegten prohibitorischen und reformatorischen Charakter wird freilich ein nach altem Recht geltend gemachter Ersatzanspruch häufig rechtlich nicht begründet sein und auch in solchen Fällen deshalb neues Recht zur Anwendung kommen müssen. Die oben im § 10 Anm. 15 in dieser Beziehung angestellten Erörterungen gelten auch hier.

[70]) Auf den hieraus gegen jede Tatsächlichkeitstheorie abzuleitenden Einwand ist bereits mehrfach des näheren eingegangen. Vgl. oben § 7 unter VII am Ende und § 13 unter II.

Verlobten aus den §§ 1298 f. B. G. B. bietet sie eine Erklärung, die falsch nicht genannt werden kann, darin, daß sie diese auf Verstöße gegen Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 B. G. B. zurückführt. Aber sie ist auch — und zwar allein von allen Theorieen[71]) — imstande, die Ersatzansprüche der Eltern und dritter Personen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben, zu erklären.

Man darf freilich nicht soweit gehen, wie es Nathan und wohl auch Hellmann tun,[72]) und annehmen, daß das Schutzgesetz nicht nur zum Schutze der Verlobten bestimmt sei, sondern auch zum Schutze derer, welche „erfahrungsgemäß im wohlgegründeten Vertrauen auf das feste Band des Verlobtenverhältnisses im Interesse der Verlobten Vermögensopfer gebracht haben"; denn auf jeden Fall kann hier nur gedacht werden an ein den Schutz des andern Verlobten bezweckendes Gesetz. Aber auch bei dieser Auffassung lassen sich die Ersatzansprüche Dritter erklären. Die Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen — sowohl nach § 823 Abs. 1 als auch Abs. 2 B. G. B. — stehen in der Regel nur dem unmittelbar Verletzten zu,[73]) dem „andern," wie das Gesetz sagt. Aber in gewissen Fällen hat das Gesetz auch dritten Personen selbständige Ansprüche gegen den Täter gegeben mit Rücksicht darauf, daß gerade in diesen Fällen dritte Personen es sind, die durch die widerrechtliche Handlung des Täters geschädigt werden. So erleidet z. B. im Falle der Tötung der „andere" niemals ersetzbaren Schaden. Aus diesem Gesichtspunkte heraus sind die Bestimmungen der §§ 844 Abs. 1 u. 2 und § 845 B. G. B. getroffen worden. Auf gleichem Gesichtspunkt beruhen — nach der Deliktstheorie — auch die Ersatzansprüche Dritter beim Verlöbnisbruch, da ja bei

[71]) Vgl. oben § 12 unter I.

[72]) Nathan a. a. O. S. 47. Aber auch Hellmann ist offenbar dieser Ansicht, wenn er a. a. O. S. 220 anführt, daß die §§ 1298 f. nur deshalb noch neben § 823 Abs. 2 ausdrückliche Bestimmungen über die Ersatzpflicht träfen, um allen Zweifeln darüber von vornherein zu begegnen, ob auch den Eltern oder den Personen, die an ihrer Statt gehandelt haben, Ersatz zu leisten sei.

[73]) Vgl. Oertmann a. a. O. zu § 823 Anm. 5 S. 559; Endemann a. a. O. I S. 1264 Anm. 33 am Ende, S. 1267; Crome a. a. O. II S. 1024, 1079.

der oft noch vorhandenen wirtschaftlichen Unselbständigkeit der Verlobten gerade sie es sind, welche die zum Zwecke der künftigen Ehe erforderlichen Aufwendungen machen und so bei Verlöbnisbruch den alleinigen pekuniären Schaden tragen.

* * *

Hiermit ist auch der letzte Konstruktionsversuch, den das Verlöbnisrecht des B. G. B. gefunden hat, einer eingehenden Würdigung unterzogen worden. Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung läßt sich nun folgendes sagen:

Wer nicht schon mit Rücksicht auf § 1297, der vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie überflüssig wäre, sich von vornherein gegen jede Tatsächlichkeitstheorie entscheidet, wird in der Hellmannschen Schutzgesetztheorie eine mögliche Lösung für die Frage, wie die Bestimmungen des B. G. B. über das Verlöbnis rechtlich zu erklären sind, zu finden haben. Eine andere, zudem durchaus einwandfreie Lösung dieser Frage bietet aber die Theorie des familienrechtlichen Vertrags. Diese hat auch im Gegensatz zu der Hellmannschen Theorie bereits in Theorie und Praxis allgemeine Aufnahme gefunden.[1]) Und es kann m. E. auch nicht zweifelhaft sein, daß ihr der Vorzug gebührt. Nicht allein, daß die Bestimmung des § 1297 B. G. B. jedenfalls für sie als Vertragstheorie und gegen die Deliktstheorie als Tatsächlichkeitstheorie spricht, so liegt doch auch, da die Verlobung sich zweifellos darstellt als die Willenseinigung zweier Personen, kein Grund vor, von der Vertragsnatur des Verlöbnisses abzugehen und die Rechtswirkungen desselben in einer positiven Rechtssatzung zu suchen, solange die Möglichkeit besteht, die Rechtswirkungen des Verlöbnisses als gewollte und von der Rechtsordnung bestätigte Folge der Parteiwillenserklärungen aufzufassen.

So trage ich kein Bedenken, mich für die Theorie des familienrechtlichen Vertrags zu entscheiden.

[1]) Vgl. oben § 11 Anm. 3 u. 35.